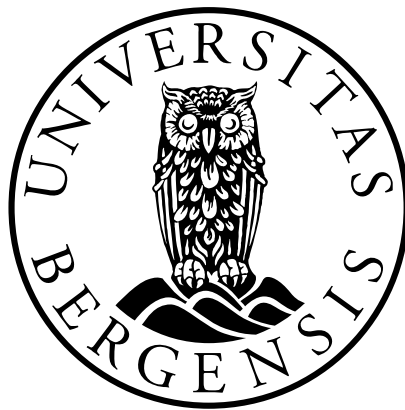


Barneloven § 43 a i praksis, med fokus
på endringene bestemmelsen skulle
medføre

*En analyse av offentlig oppnevnt tilsyn som
vilkår for samvær*

Kandidatnummer: 70

Antall ord: 14 584



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	4
1.1 Samvær, tilsyn og lovgivers intensjon	4
1.2 Problemstilling, aktualitet og avgrensning	6
1.3 Metode	6
1.4 Oppgavens oppbygning	8
2 Grunnleggende utgangspunkt	9
2.1 Rett til familieliv og samvær etter barneloven	9
2.2 Barnets beste	10
2.2.1 Generelt om hensynet til- og prinsippet om ”barnets beste”	10
2.2.2 Barnets beste i samværssaker	11
2.3 Barnets mening	11
2.3.1 Generelt om barnets rett til å bli hørt (og lyttet til)	11
2.3.2 Barnets mening i samværssaker	12
2.4 Samværsnekt	13
2.5 Beviskravet i samværssaker	14
2.5.1 Beviskravet i sivile tvister	14
2.5.2 Beviskravet ved risiko for overgrep	14
3 Samvær under tilsyn	16
3.1 Beskyttet tilsyn	16
3.2 Støttet tilsyn	17
3.3 Den offentlig oppnevnte tilsynspersonens oppgave	17
3.4 Forholdet til privat tilsyn i § 43 (3)	18
4 Barneloven § 43 a	19
4.1 Oversikt	19
4.2 Gamle § 43 tredje ledd	19
4.3 Formålet med innføringen av § 43 a	20
4.3.1 Rettspraksis etter gamle § 43 tredje ledd	20
4.3.2 Barneperspektivet måtte styrkes	21
4.3.3 Terskelen for samværsnekt måtte senkes	22

4.3.4	Sakene måtte i større grad avgjøres ut fra et her-og-nå perspektiv	22
4.4	<i>Vilkårene i § 43 a</i>	23
4.4.1	Vilkåret “særlege høve”	23
4.4.2	Vilkåret “barnet sine behov”	24
4.4.3	Begrunnelsesplikt	26
4.4.4	Tidsbegrensningene	27
5	Analyse og evaluering av rettspraksis	28
5.1	<i>Innledning</i>	28
5.2	<i>Barneperspektivet</i>	29
5.2.1	Innledning	29
5.2.2	Vilkåret ”barnet sine behov” i rettspraksis	30
5.2.3	Barnets synspunkt i rettspraksis	32
5.2.4	Avsluttende betraktninger	33
5.3	<i>Samværsnekt</i>	34
5.3.1	Innledning	34
5.3.2	Åtte tilfeller	34
5.3.3	Vold og seksuelle overgrep	35
5.3.4	Barn som ikke ønsker samvær	37
5.3.5	Bortføringsfare	38
5.3.6	Et grensetilfelle	38
5.3.7	Avsluttende betraktninger	39
5.4	<i>Her-og-nå perspektiv</i>	42
5.4.1	Innledning	42
5.4.2	Statistikk fra rettspraksis	42
5.4.3	Avsluttende betraktninger	43
6	Konklusjon	46
	Litteraturliste	48
	Vedlegg: Tabeller	52

1 Innledning

1.1 Samvær, tilsyn og lovgivers intensjon

Der de biologiske foreldrene til et barn ikke bor sammen har både barnet og den forelder barnet ikke bor med i utgangspunktet rett til samvær med hverandre.¹ Her oppstår et behov for en samværsordning. Utgangspunktet er at foreldrene selv bestemmer innholdet i denne, men der de ikke blir enige kan samværsordningen fastsettes av domstolene.² Noen ganger kan det være ønskelig fra enten domstolen eller en av foreldrene at det settes vilkår for gjennomføringen av samværene.³ Et slikt vilkår kan være at en tredjeperson er tilstede.⁴ Behovet for et slikt vilkår kan for eksempel skyldes at samværsforelderen har egenskaper ved seg som er uheldig i kontakten med barnet, eller at barnet og forelderen ikke kjenner hverandre.⁵

Samvær under oppsyn av en tredjeperson kunne tidligere bare gjennomføres etter avtale med privatpersoner som ble betalt av foreldrene.⁶ Ordningen førte til at det kunne bero på tilfeldige omstendigheter om samvær under tilsyn kunne finne sted, og man var bekymret for at tilsynsordningen ikke alltid ville medføre tilstrekkelig beskyttelse for barnet.⁷ I 2007 ble det derfor innført en mulighet til å pålegge en offentlig instans å føre tilsyn under samværene. Den gang het det at der ”tilsyn blir satt som vilkår for samvær, kan retten i særlige høve pålegge departementet å oppnevne tilsynsperson.”⁸ Etter fem år med denne ordningen fant Barne-, -likestillings- og inkluderingsdepartementet at rettspraksis utviklet seg i en uheldig retning.⁹ Offentlig tilsyn ble brukt i et større omfang enn forutsatt, og påleggene ivaretok barnets interesser i for liten grad.¹⁰

¹ Jf. lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova – bl.) § 42 første ledd, og § 43 første ledd.

² Jf. bl. § 43 annet ledd første punktum.

³ Ibid. tredje ledd.

⁴ Ibid.

⁵ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 30.

⁶ Bl. § 43 tredje ledd.

⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 30.

⁸ Endringslov 7. april 2006 nr. 6 om endringer i barnelova mv. § 43 tredje ledd.

⁹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 13.

¹⁰ Ibid.

Departementet fremla i 2013 en proposisjon med forslag til endringer av den opprinnelige reguleringen fra 2007.¹¹ Denne ble vedtatt i statsråd samme dag og resulterte i en ny paragraf, barneloven § 43 a. Bestemmelsens første og annet ledd lyder slik:

”Dersom tilsyn blir sett som vilkår for samværet, kan retten i særlege høve og der omsynet til barnet sine behov talar for det, påleggje kommunal barnevernsteneste eller departementet å oppnemne ein person som skal føre tilsyn under samvær. Retten kan gje pålegg om beskytta eller støtta tilsyn.

Pålegget skal fastsetje dei nødvendige vilkåra for samværet, under dette timetalet og avgrensa varigheit.”

Særlig tre formål ved innføringen fremstår som sentrale, og vil være gjenstand for undersøkelse i denne oppgaven:

- 1) Barnets subjektive mening måtte få større vekt.
- 2) Terskelen for samværsnekt måtte senkes.
- 3) Sakene måtte avgjøres ut fra et her og nå perspektiv.¹²

Overordnet skulle proposisjonen som blant annet innførte § 43 a styrke barneperspektivet og rettssikkerheten for barn i foreldretvister (også kalt barnefordelingstvister).¹³ Et styrket barneperspektiv innebærer at barnet i større grad står i sentrum av avgjørelsene, i motsetning til å være et objekt for vurdering. Rettssikkerheten ble styrket blant annet ved at barn fikk større medbestemmelsesrett, og det ble stilt strengere krav til begrunnelse blant annet for å forenkle og styrke overprøving av tilsynssakene.¹⁴

I denne studentavhandlingen er det ønsket om at barnets stemme skulle få større betydning og det nye vilkåret om at ”barnet sine behov må tilsi [tilsyn]” jeg vil behandle under begrepet barneperspektivet. Det er ingenting som tilsier at ikke intensjonen om et her-og-nå perspektiv og en senket terskel for samværsnekt også skulle bidra til å styrke barneperspektivet. Disse vil også bli behandlet i oppgaven, men adskilt fra begrepet ”barneperspektivet”, da jeg finner det mest ryddig.

¹¹ Ibid. s. 5.

¹² Ibid. s. 41.

¹³ Ibid. s. 5.

¹⁴ Jf. bl § 31 annet ledd og § 43 a femte ledd, Prop. 85 L (2012-2013) s. 49, 72 og 85.

1.2 Problemstilling, aktualitet og avgrensning

Denne studentavhandlingen vil på bakgrunn av de tre overnevnte formålene studere bruken av offentlig oppnevnt tilsyn og regelverket rundt det. Problemstillingen er i hvilken grad lovgivers intensjoner ved innføringen av § 43 a gjenspeiles i praksis.

For å besvare problemstillingen vil følgende spørsmål være sentrale: Hvordan skulle vilkåret om at ”barnet sine behov må tilsi [tilsyn]” styrke barnets perspektiv, og i hvilken grad det har gjort det? Hvordan har reguleringen rundt de nye tilsynsformene bidratt til å senke terskelen for samværsnekt, og i hvilken grad blir disse reguleringene fulgt? Hva ligger i et her-og-nå perspektiv, og hvordan fungerer dette i praksis?

Det ble allerede ved innføringen av § 43 a vist til at det fortsatt er behov for forskning på tilsyn som vilkår for samvær.¹⁵ Departementet fant derimot at lovendringen ikke kunne vente til ytterligere forskning var foretatt.¹⁶ Ved siden av å gjøre lovendringer fikk Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress (nkvts) derfor i oppdrag å evaluere tilsynsordningen.¹⁷ Denne evalueringen forventes å bli ferdigstilt i 2023.¹⁸ Oppdraget illustrerer at ordningen slik som den er nå ikke nødvendigvis kommer til å bli værende.

Det er offentlig tilsyn etter barneloven § 43 a som har vært det sentrale objekt for endring de siste årene, og som denne oppgaven handler om. Det avgrenses derfor mot samvær under tilsyn som hjelpetiltak etter barnevernloven.¹⁹ Privat tilsyn etter barneloven § 43 (3) vil kun bli omtalt helt kort.

I det følgende vil jeg med begrepet ”tilsyn” utelukkende referere til samvær under offentlig oppnevnt tilsyn, med mindre det presiseres at det er tale om privat tilsyn.

1.3 Metode

For å undersøke om og i hvilken grad lovgivers intensjoner blir møtt vil jeg ta utgangspunkt i et representativt utvalg rettspraksis. Det finnes begrenset med praksis fra Høyesterett vedrørende tilsyn etter § 43 a. Bestemmelsen er kun omtalt i én avgjørelse fra Høyesterett,

¹⁵ Prop. 85 L (2012-2013) s. 12.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid. s. 34.

¹⁸ Nkvts.no

¹⁹ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).

hvor Høyesterett kom til at samvær måtte nektes.²⁰ For å finne frem til hvordan bestemmelsen praktiseres, har jeg derfor tatt utgangspunkt i samtlige lagmannsrettsavgjørelser hvor bestemmelsen er omtalt. Disse er kommet inn til tingretten etter ikrafttredelsen av den nye bestemmelsen den 1. januar 2014, og har følgelig foretatt en vurdering etter den nye reguleringen. Siste rettsavgjørelse i utvalget er avsagt 28. juli 2017.

Et utgangspunkt i lagmannsrettene har den positive siden at man får undersøkt tilfeller fra hele landet og dermed et overblikk over bruken generelt sett. Dette er også rettsavgjørelser som er offentlig tilgjengelige, slik at evalueringen vil bli enklere å overprøve. Både kjennelser og dommer vil bli vurdert, da det gjelder et likt begrunnelseskrav til dem begge.²¹

Videre har jeg sett meg nødt til å begrense analysen til de sakene hvor lagmannsretten har fastsatt tilsyn. Begrunnelsen for dette er todelt. For det første setter masteroppgavens begrensede omfang i lengde og tid rammer for mengden dommer som kan analyseres. For det andre er det kun der tilsyn blir gitt at det nye og strengere begrunnelseskravet gjelder.²² I disse avgjørelsene er det dermed enklere å undersøke hva retten har vektlagt, noe som også muliggjør undersøkelse av grensen mellom samværsnekt og samvær under tilsyn som lovgiver har ment å justere. Det er også kun i slike saker det er aktuelt å sjekke hvor langt frem i tid påleggene går og om det er hensyntatt at det skal foretas en vurdering her-og-nå.²³

Merk likevel at avgrensingen har den uheldige konsekvens at analysen ikke får med tilfeller hvor retten har gjort en riktig vurdering og nektet samvær. De funn som er gjort må ses på denne bakgrunn.

Formålene som blir analysert er valgt ut på bakgrunn av at jeg anser dem for å være de mest sentrale, og mest konkretiserte formålene å kunne foreta en analyse av.

Evalueringen av rettspraksis er gjort etter inspirasjon fra Justisdepartementets veileder for evaluering av lover.²⁴ Det jeg særlig har tatt med meg fra denne er å formulere spørsmål som kan representeres ved statistikker i etterkant av evalueringen.

²⁰ Rt. 2013 s. 1329, som også vil bli omtalt flere steder i oppgaven.

²¹ Jf. bl. § 43 a femte ledd, jf. Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.) § 19-6.

²² Jf. bl. § 43 a femte ledd.

²³ Mer om dette i punkt 4.3.4.

²⁴ Justis- og politidepartementet (2009)

1.4 Oppgavens oppbygning

Oppgaven er bygget opp slik at det først blir foretatt en gjennomgang av hvilke føringer lovverket generelt legger for fastsettelsen av samvær, og samvær under tilsyn. Denne gjennomgangen blir gjort i oppgavens del 2. I del 3 vil det bli foretatt en gjennomgang av de forskjellige tilsynsformene. Gjennomgangen i del 2 og 3 legger premissene for den diskusjonen som har vært rundt tilsyn, og de spørsmål som oppgaven vil ta for seg.

Oppgavens del 4 tar for seg bestemmelsens utvikling og vilkårene for å pålegge offentlig oppnevnt tilsyn slik de lyder i dag. Her vil spørsmålet om hvordan bestemmelsen var ment å ivareta de tre sentrale formålene som er omtalt under punkt 1.1 bli behandlet.

I del 5 vil det bli foretatt en analyse og evaluering av rettspraksis opp mot formålene med innføringen av § 43 a. Til slutt, i del 6, vil jeg forsøke å oppsummere og trekke enkelte overordnede konklusjoner fra analysen sett i lys av masteroppgavens hovedproblemstilling.

2 Grunnleggende utgangspunkt

2.1 Rett til familieliv og samvær etter barneloven

Grunnloven § 102 første ledd og den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 er to overordnede bestemmelser som begge fastslår at enhver har ”rett til respekt for sitt (...) familieliv”. Barn og foreldre har et familieliv, uavhengig av om de bor sammen.²⁵ Etter barnekonvensjonen har barnet krav på en ”personlig forbindelse og direkte kontakt” med begge foreldrene sine regelmessig.²⁶

Barnets rett til samvær er fulgt opp i barneloven § 42, mens forelderens rett til samvær er regulert i barneloven § 43. Begge legger føringer i tråd med de menneskerettslige kravene, men viser også til at samvær ikke alltid er til det beste for barnet. Som det også følger av EMK, må retten til samvær veies opp mot retten for barnet til å bli vernet mot umenneskelig behandling,²⁷ og dets rett på beskyttelse av personlig integritet.²⁸ Samvær under tilsyn er et hjelpemiddel som kan brukes til å avhjelpe de mangler en omsorgsperson eventuelt måtte ha.

Samværsretten for barn og foreldre bygger på det biologiske prinsipp. Dette går ut på at kontakt med biologiske foreldre har en egenverdi for barnet, og en presumsjon om at samvær med disse som utgangspunkt er til barnets beste.²⁹

Det barneloven betegner som en vanlig samværsrett, sett bort fra feriene, er et ettermiddagssamvær med overnatting samt samvær annen hver helg.³⁰ Avgjørende for utfallet av samværsordningen i den konkrete sak er hva som anses best for det aktuelle barnet.³¹

²⁵ Rainey (2014) s. 335.

²⁶ BK artikkel 9 nr. 3

²⁷ EMK artikkel 3.

²⁸ EMK artikkel 8, se også GrI. § 104 tredje ledd som styrker retten særlig for barn i Norge, jf. Prop. 85 L (2012-2013) s. 16.

²⁹ Bendiksen (2015) s. 460 og s. 163.

³⁰ Jf. bl. § 43 annet ledd, tredje punktum.

³¹ Bl. § 48.

2.2 Barnets beste

2.2.1 Generelt om hensynet til- og prinsippet om ”barnets beste”

Hensynet og prinsippet om ”barnets beste” innebærer kort oppsummert at barnet har rett til å få sine interesser vektlagt som et grunnleggende hensyn, og som et overordnet prinsipp i alle vurderinger som vedgår det. Prinsippet innebærer en selvstendig materiell rett for barnet til å få sitt beste vurdert og vektlagt.³² ”Barnets beste” skal også anses som et grunnleggende tolkningsprinsipp, på den måten at om flere løsninger er mulig skal den som mest effektivt ivaretar barnets beste velges.³³

Det finnes fire grunnleggende prinsipper i barnekonvensjonen, hvor hensynet til barnets beste i artikkel 3 er et av disse. De tre andre er barnets rett til å bli hørt i artikkel 12, barnets rett til liv og utvikling i artikkel 6, samt retten til ikke å bli diskriminert i artikkel 2.³⁴

I barnekonvensjonen og Grunnloven heter det at barnets beste skal anses som ”et grunnleggende hensyn” ved alle avgjørelser som vedrører barn.³⁵ Valget av ordene ”et grunnleggende” fremfor ”det grunnleggende” understreker at hensynet til barnets beste skal være viktig i saker som vedrører barn, men ikke nødvendigvis avgjørende.³⁶ Som Høyesterett har presisert må barnets beste uansett få stor vekt, og det må ”løftes spesielt frem og stå i forgrunnen” for alle avgjørelser som angår barn.³⁷ Avgjørende for hvilken vekt hensynet skal tillegges i den konkrete sak beror på forhold som hvor sterkt berørt barnet blir, og hvor alvorlig beslutningen vil være for det, eller de, aktuelle barna.³⁸ I spørsmål som angår samvær og tilsyn vil hensynet naturligvis være av stor betydning, da dette er saker som berører barnet direkte.

³² Generell kommentar nr. 14 (2013) punkt 6

³³ Ibid.

³⁴ Generell kommentar nr. 5 (2003) punkt 12.

³⁵ Jf. FNs barnekonvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen – BK.) artikkel 3 første ledd og Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – GrL.) § 104 annet ledd.

³⁶ Innst. 186 S (2013-2014) s. 30

³⁷ Jf. Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

³⁸ Innst. 186 S (2013-2014) s. 30

2.2.2 Barnets beste i samværssaker

I barneloven § 48 heter det at saker som gjelder ”samvær, og handsaminga av slike saker, (...) *først og fremst*” (mine markeringer) skal rette seg etter hva som er best for barnet.³⁹ Etter proposisjonen skal prinsippet om barnets beste skal være ”styrende”.⁴⁰ Ordlyden av ”først og fremst”, sett sammen med proposisjonens tolkning av at barnets beste skal være ”styrende”, tilsier at barnets beste er *det* grunnleggende hensynet, fremfor ”et grunnleggende hensyn”, i saker vedgår samvær under tilsyn. Barneloven går dermed lenger enn Grunnloven og barnekonvensjonen i å vektlegge hensynet til barnets beste.

For å fastlegge hva som er barnets beste i den konkrete sak må retten foreta en helhetsvurdering av alle relevante momenter for å komme frem til en avgjørelse som samlet fremstår som best for barnet.⁴¹ For samværssaker er det i loven, basert på en gjennomgang av tidligere rettspraksis,⁴² trukket frem fem særlig sentrale momenter. Disse fem er: hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, barnets alder, i hvilken grad barnet er knyttet til nærmiljøet, reiseavstanden og hensynet til barnet ellers.⁴³ Listen er likevel ikke ment å være uttømmende⁴⁴, og legger opp til en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak. For samvær under tilsyn vil andre momenter kunne være av større betydning blant annet fordi samværsomfanget i slike tilfeller avviker betydelig fra normalen. Samværsomfanget i slike saker kommer jeg tilbake til nedenfor i del 3.

2.3 Barnets mening

2.3.1 Generelt om barnets rett til å bli hørt (og lyttet til)

Barnets mening er et viktig moment i fastsettelsen av hva som er til barnets beste.⁴⁵ I barnekonvensjonen artikkel 12 første ledd heter det at ”[p]artene skal garantere *et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter*, retten til *fritt å gi uttrykk for* disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter *behørig vekt* i samsvar med dets

³⁹ Bl. 48 første ledd.

⁴⁰ Prop. 85 L (2012-2013) s. 48.

⁴¹ Smith (2006) s. 140 og ordlyden av barneloven § 43 annet ledd.

⁴² Backer (2008) s. 396.

⁴³ Bl. § 43 annet ledd, annet punktum.

⁴⁴ Jf. ordbruken ”mellom anna”

⁴⁵ Høstmælingen (2016) s. 118.

alder og modenhet.” (Mine markeringer.) Uttrykket ”alle forhold” skal tolkes vidt, det er nok at forholdet berører barnet for at barnet skal ha en rett til å uttale seg.⁴⁶

Barnekonvensjonens begreper ”uttrykk” og ”synspunkter”,⁴⁷ synes å favne noe videre enn Grunnlovens ”rett til å bli hørt”,⁴⁸ ettersom sistnevnte i hovedsak henviser til verbale utsagn. Det er presisert av FNs barnekomité at statene er pliktet til å anerkjenne og respektere også ikke-verbale former for kommunikasjon.⁴⁹ Forskning viser at barn kan utvikle synspunkter allerede fra de er veldig små, selv om de ikke har utviklet evnen til å uttrykke dem ved ord.⁵⁰

2.3.2 Barnets mening i samværssaker

Proposisjonens intensjon om å styrke barneperspektivet henger tett sammen med barnets rett til å bli hørt og lyttet til. Sammen med den nye tilsynsbestemmelsen i barneloven § 43 a ble det også innført endringer i barneloven § 31 om barnets rett til å medvirke i avgjørelser som vedgår det.⁵¹ Bestemmelsens andre ledd har to aldersskiller som pedagogisk hjelpemiddel for bruken av barnets stemme. Det første skillet går ved barn som har fylt syv år, disse ”skal få informasjon og høve til å seie meininga si”.⁵² Nytt ved proposisjonen er det at samme regel skal gjelde ”yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt”. Bestemmelsen medfører at domstolene må gjøre en vurdering av barnets modenhet for å ta stilling til i hvilken grad det skal høres der det er under 7 år gammelt. Barnets alder og modenhet skal også være avgjørende for hvilken vekt synspunktene som fremkommer skal bli gitt, likevel med det spesifikke krav at stemmen til barn som har fylt 12 år skal tillegges stor vekt.⁵³ Barneloven § 43 a går ifølge proposisjonen enda lenger enn barneloven § 31 gjør, da det i proposisjonen også står at ”barnets syn må beskrives” i saker vedrørende tilsyn.⁵⁴

Det er barnets egne synspunkter som er gitt en rett til å komme til uttrykk, der barnet ønsker å uttale seg.⁵⁵ Dette innebærer blant annet at domstolen må foreta en vurdering av hvorvidt det er barnets egne meninger som blir gitt uttrykk for når den skal finne ut hva det mener om

⁴⁶ Generell kommentar nr. 12 (2009) punkt 27.

⁴⁷ BK artikkel 12.

⁴⁸ Grl. § 104 første ledd.

⁴⁹ Generell kommentar nr. 12 (2009) punkt 21.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 85.

⁵² Bl. § 31 annet ledd første punktum.

⁵³ Ibid. annet ledd.

⁵⁴ Prop. 85 L (2012-2013) s. 72.

⁵⁵ Generell kommentar nr. 12 (2009) punkt 22.

samvær, eventuelt samvær under tilsyn.⁵⁶ Vurderingen har særlig aktualitet i denne typen saker, hvor konfliktnivået mellom foreldrene ofte er høyt, og hvor risikoen for at foreldre påvirker barna kan være stor.

At barnets synspunkter skal tillegges vekt innebærer ikke en rett til å bestemme. I tillegg til alder og modenhet, vil vekten som legges på barnets synspunkt blant annet kunne variere etter hvilken type spørsmål det dreier seg om, hvor sterk og vedvarende barnets mening er, samt hvor godt begrunnet meningen er.⁵⁷ Også andre interesser enn de som knytter seg til barnets stemme kan påvirke vekten av stemmen,⁵⁸ som for eksempel barnets rett til liv og utvikling. Det må foretas en konkret helhetsvurdering for å komme frem til hvilken vekt barnets stemme skal få.

2.4 Samværsnekt

Av barneloven § 43 første ledd tredje setning følger det at det ikke skal fastsettes samvær dersom samvær ikke er til barnets beste. Den som er sammen med barnet må klare å gi det tilstrekkelig omsorg og omtanke.⁵⁹ Rene antakelser basert på et biologisk prinsipp skal ikke uten videre legges til grunn i foreldretvister etter barneloven.⁶⁰

Forut for vedtakelsen av § 43 a ble det i tillegg til en vurdering av barnets beste ofte vist til at det måtte foreligge ”ganske tungtveiende grunner” for å nekte samvær helt.⁶¹ I proposisjonen ble det lagt til grunn at dette ikke lenger skulle være et tilleggsvilkår utover vurderingen om barnets beste i § 43 første ledd tredje punktum.⁶² At ”tungtveiende grunner” ikke lenger er et tilleggsvilkår er også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2013 s. 1329, og må anses som gjeldende rett.⁶³

Etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102 kreves det før samvær nektes en forholdsmessighetsvurdering basert på om nektelsen har ”hjemmel i lov, forfølger et legitimt formål, og om det kan anses som nødvendig i et demokratisk samfunn”.⁶⁴ Etter både norsk

⁵⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 46.

⁵⁷ Høstmølingen (2016) s. 118.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Bl. § 42 annet ledd.

⁶⁰ Prop. 85 L (2012-2013) s. 42.

⁶¹ Ibid. s. 41, se for eksempel Rt. 2010 s. 2016 og Rt. 1996 s. 888.

⁶² Prop. 85 L (2012-2013) s. 41

⁶³ Avsnitt 39.

⁶⁴ HR-2017-2015-A avsnitt 46.

rettspraksis og praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) vil barnets interesse være en tungtveiende begrunnelse for inngrep i familielivet.⁶⁵ I barnevernretten, slik den blir praktisert både i EMD og Høyesterett, foreligger det derimot enda et tilleggsvilkår tilsvarende tungtveiende grunner ("very exceptional circumstances") for å nekte samvær helt.⁶⁶ Dette er fulgt opp i en helt fersk dom fra Høyesterett, hvor det ble konkludert med at kravet også måtte gjelde der barnet og forelderen aldri har hatt kontakt.⁶⁷

Det ligger utenfor rekkevidden av denne oppgaven å drøfte hva som kan være bakgrunnen for denne forskjellen mer inngående.

2.5 Beviskravet i samværsaker

2.5.1 Beviskravet i sivile tvister

Når samvær og eventuelle vilkår skal fastsettes vil det ofte kunne være tvil om sakens faktum, som igjen vil kunne være utslagsgivende for om samvær skal finne sted og eventuelt om det kan avhjelpest ved tilsyn. De kriterier bevisene samlet må oppfylle for at retten skal legge et faktum til grunn kalles beviskravet.⁶⁸

Foreldretvister er sivile saker, hvor utgangspunktet er et ordinært beviskrav om sannsynlighetsovervekt.⁶⁹ Domstolen vil i noen tilfeller senke eller skjerpe beviskravet for å legge noe til grunn. For eksempel er det normalt å øke kravet til sannsynlighet der det er påstander om særlig infamerende eller belastende forhold.⁷⁰

2.5.2 Beviskravet ved risiko for overgrep

I 2006 ble det tilført et annet ledd til bestemmelsen om barnets beste i barneloven § 48.⁷¹ Etter denne skal det nå, ved avgjørelsen om blant annet samvær og tilsyn, tas særlig hensyn til at barn ikke må bli utsatt for "vold eller annen behandling som kan utsette den fysiske eller

⁶⁵ Ibid. avsnitt 47.

⁶⁶ Ibid. avsnitt 62.

⁶⁷ Ibid. avsnitt 58.

⁶⁸ Backer (2015) s. 306.

⁶⁹ Ibid. s. 307.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Endringslov 7. april 2006 nr. 6 om endringer i barnelova mv.

psykiske helsen for skade”. Hensikten med tilføyelsen var blant annet å sikre at ”hensynet til barnet tillegges tilstrekkelig vekt hvor det er vanskelig eller umulig å ta stilling til om overgrep har skjedd eller vil komme til å skje.”⁷² Dette innebærer at det heller skal legges et senket beviskrav til grunn i disse sakene, av hensyn til barnet, fremfor et skjerpet beviskrav av hensyn til at saken blir belastende og infamerende for samværsforelderen.

Hvor høy sannsynlighet som skal kreves der det foreligger fare for overgrep må vurderes konkret, avhengig av arten og alvorlighetsgraden ved overgrepet det er fare for, samt personlige forhold hos de involverte.⁷³ Enhver påstand om slike forhold kan likevel ikke utløse et senket beviskrav, det må være tale om en ”reell risiko”.⁷⁴

⁷² Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

3 Samvær under tilsyn

3.1 Beskyttet tilsyn

Etter gjeldende rett finnes det to typer tilsyn domstolene kan ilegge, beskyttet eller støttet tilsyn.⁷⁵ Ved beskyttet tilsyn vil en offentlig oppnevnt person overvåke hele samværet for å verne barnet og gi det en følelse av beskyttelse.⁷⁶ Dette er det mest omfattende tilsynet som kan pålegges. Beskyttet tilsyn kan gis for maksimalt 16 timer per år og følgelig kan det kun være 16 timer samvær i året totalt sett der beskyttet tilsyn blir pålagt.⁷⁷ Begrunnelsen for tidsbegrensningen er at omfattende samvær vil kunne bli en belastning for et barn som har behov for beskyttelse fra samværsforelderens.⁷⁸ Det er barneverntjenesten som har ansvaret for å oppnevne tilsynsperson ved beskyttet tilsyn.⁷⁹

Etter proposisjonen er det mest aktuelt med beskyttet tilsyn i relasjoner med ”problematikk knyttet til vold, rus og psykiske lidelser, som kan påvirke foreldrefunksjonene”.⁸⁰ Det er verdt å merke seg at seksuelle overgrep ikke er nevnt som eksempel på problematikk som typisk vil utløse et behov for beskyttet tilsyn. Dette er i motsetning til ordningen slik den var før vedtakelsen av § 43 a, hvor vold og overgrep var nevnt som de mest sentrale typetilfellene for offentlig tilsyn.⁸¹ Dette fremstår som et bevisst valg, særlig lest i sammenheng med at det i proposisjonen samlet legges opp til en senkning av terskelen for samværsnekt på området.⁸²

I høringsrunden ble det av flere instanser uttrykt bekymring for at samvær med beskyttet tilsyn ville kunne bli brukt som en sovepute for domstolen, der de heller burde nekte samvær helt.⁸³ Til dette ble det kommentert at en tilsynsperson ”ikke kan være noen garanti for at barnet er sikkert”, og det er gitt en omfattende redegjørelse for hvor grensen mot samværsnekt skal gå.⁸⁴

⁷⁵ Jf. bl. § 43 a første ledd.

⁷⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 52.

⁷⁷ Forskrift om samvær med tilsyn etter barnelova (heretter tilsynsforskriften) § 4 annet ledd, Prop. 85 L (2012-2013) s. 50.

⁷⁸ Prop. 85 L (2012-2013) s. 50.

⁷⁹ Bl. § 43 a tredje ledd og tilsynsforskriften § 5

⁸⁰ Prop. 85 L (2012-2013) s. 7.

⁸¹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 32-33 omtalt nærmere i punkt 4.2 under.

⁸² Prop. 85 L (2012-2013) s. 43 og 53.

⁸³ Ibid. s. 52.

⁸⁴ Ibid. s. 53 og s. 43-45.

3.2 Støttet tilsyn

Støttet tilsyn er en ny og mildere form for tilsyn. Formålet bak denne typen tilsyn er å kunne gi barnet og/eller samværsforelder veiledning, eller støtten av at en annen person er tilstede under samværene.⁸⁵ Taket på antall timer som kan gis per år med denne ordningen er på 32 timer.⁸⁶ Her trenger likevel ikke tilsynet å være konstant,⁸⁷ noe som medfører en mer fleksibel mulighet for bruken av tilsyn i motsetning til den gamle ordningen.⁸⁸ Tanken bak ordningen er at tilsynet skal kunne benyttes i en overgang til privat tilsyn eller samvær uten tilsyn.⁸⁹

Domstolen avgjør hvor mange timer det er behov for etter forholdene i den enkelte sak,⁹⁰ og det er Barne, ungdoms og familieetaten (Bufetat) som har ansvaret for å oppnevne en tilsynsperson der pålegget går ut på støttet tilsyn.⁹¹

De typiske tilfellene støttet tilsyn er ment brukt på er situasjoner hvor det er så høyt konfliktnivå mellom foreldrene at det påvirker foreldrefunksjonen, eller der det i en fase er behov for tilsyn på grunn av at samværsforelder og barnet ikke kjenner hverandre godt.⁹²

3.3 Den offentlig oppnevnte tilsynspersonens oppgave

Der offentlig oppnevnt tilsyn blir satt som vilkår for at samvær kan finne sted er tilsynspersonens oppgave å føre tilsynet i tråd med begrunnelsen for pålegget, og å stanse samværet der det er behov for det.⁹³ Hovedregelen er at personen for hvert samvær skal skrive en kortfattet rapport av hvordan samværet virket på barnet, men ikke i en slik grad at det blir foretatt en helt ny vurdering av om samvær er å anse som barnets beste eller ikke.⁹⁴

⁸⁵ Ibid. s. 53.

⁸⁶ Tilsynsforskriften § 6 annet ledd og Prop. 85 L (2012-2013) s. 87.

⁸⁷ Prop. 85 L (2012-2013) s. 53.

⁸⁸ Som omtales under punkt 4.2.

⁸⁹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 53-54.

⁹⁰ Ibid. s. 87 og veileder Q-1220 B § 6.

⁹¹ Bl. § 43 a tredje ledd og tilsynsforskriften § 7.

⁹² Prop. 85 L (2012-2013) s. 7.

⁹³ Veileder Q-1220 B § 9.

⁹⁴ Ibid.

3.4 Forholdet til privat tilsyn i § 43 (3)

Der tilsyn blir satt som vilkår etter § 43 tredje ledd omtaler man tilsynet som privat tilsyn.⁹⁵ Her utpekes en privat person, for eksempel en slektning eller en bekjent av foreldrene, til å føre tilsyn under samværene i tråd med avtalen eller pålegget. Forskjellen på privat og offentlig tilsyn er at det er foreldrene selv som betaler for det private tilsynet, kontra offentlig tilsyn som dekkes av det offentlige.⁹⁶ Foreldrene kan følgelig også selv avtale privat tilsyn, mens det offentlig oppnevnte tilsynet må gis ved pålegg i dom, kjennelse eller i rettsforlik.⁹⁷

I motsetning til offentlig tilsyn, er det ikke et vilkår at det foreligger ”særlige grunner” som tilsier at det bør avtales eller besluttes privat tilsyn.⁹⁸ I proposisjonen legges det til grunn at privat tilsyn bør benyttes fremfor offentlig tilsyn der dette er tilstrekkelig og egnet til å oppnå formålet med tilsynet.⁹⁹ Eksempelet de gir på slike tilfeller er kontaktetableringssituasjoner, som også er typetilfellet for støttet tilsyn. Grensegangen mellom privat og offentlig tilsyn er blitt uklar, særlig etter innføringen av § 43 a.¹⁰⁰

⁹⁵ Prop. 85 L (2012-2013) s. 46.

⁹⁶ Bl. § 43 tredje ledd, tredje punktum og § 43 a første ledd.

⁹⁷ Bl. § 43 a femte ledd.

⁹⁸ Jf. bl. § 43 tredje ledd.

⁹⁹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 50.

¹⁰⁰ Bendiksen (2015) s. 140.

4 Barneloven § 43 a

4.1 Oversikt

Denne delen av oppgaven handler i hovedsak om å kartlegge formålene bak den nye bestemmelsen for senere å kunne analysere disse opp mot praksis i del 5. Punkt 4.1 tar for seg regelverket for offentlig tilsyn slik det var forut for vedtakelsen av § 43 a. I punkt 4.2 blir det redegjort for bakgrunnen for innføringen av § 43 a, og de sentrale formålene med denne. I punkt 4.3 vil vilkårene for å pålegge offentlig oppnevnt tilsyn bli gjennomgått sammen med en redegjørelse for hvordan de nye vilkårene skulle bidra til å sikre formålene bak bestemmelsen.

4.2 Gamle § 43 tredje ledd

Muligheten til å fastsette offentlig tilsyn var fra 2007 til 2014 regulert av det jeg fra nå av vil omtale som barnelovens ”gamle § 43 tredje ledd”. Denne lød slik:

”Det kan i avtale eller i dom setjast vilkår for gjennomføringa av samværsretten. Dersom tilsyn vert sett som vilkår for samvær, kan retten i særlege høve påleggje departementet å oppnemne tilsynsperson.”¹⁰¹

Tidligere var eneste vilkår for å oppnevne offentlig tilsyn at det forelå ”særlige høve”.¹⁰² I spesialmerknadene til bestemmelsen fremgår det at bestemmelsen tar sikte på situasjoner der ”det anses som positivt for barnet å kunne ha et visst samvær, men hvor dette ikke kan skje uten tilsyn for å føre kontroll med at barnet ikke lider overlast.”¹⁰³ Offentlig tilsyn skulle være begrenset til ”særlige tilfeller” og situasjoner der det kun var aktuelt med ”et sterkt begrenset samvær”.¹⁰⁴

Eksempler på tilfeller hvor tilsyn typisk ville være aktuelt var samværsrelasjoner hvor det forelå risiko for overgrep.¹⁰⁵ Med overgrep var det her tale om fysisk eller psykisk vold, eller

¹⁰¹ Endringslov 7. april 2006 nr. 6 om endringer i barnelova mv. § 43 tredje ledd.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid. s. 32-33.

seksuelle overgrep.¹⁰⁶ Tilsyn var også aktuelt ved sykdom eller psykiske problemer da det ble ansett urimelig dersom personer som hadde begått overgrep skulle få en særordning.¹⁰⁷ Som vi ser er både psykisk sykdom, og vold to typetilfeller fra den gamle ordningen, som også er angitte relevante typetilfeller for beskyttet tilsyn.

Det ble klart presisert i proposisjonen til den gamle bestemmelsen at tilsyn ”ikke må bli en kompromissløsning” der samvær burde nektes.¹⁰⁸ Formålet med å kunne pålegge offentlig tilsyn var kun å sikre et minimum av kontakt slik at barnet fikk mulighet til å realitetsorientere seg,¹⁰⁹ og det ble forutsatt at domstolen foretok grundige vurderinger på om samvær under tilsyn virkelig var til det beste for barnet.¹¹⁰ Det var også her et tak på bruk av tilsyn på 16 timer i året, likt som for beskyttet tilsyn.¹¹¹

4.3 Formålet med innføringen av § 43 a

4.3.1 Rettspraksis etter gamle § 43 tredje ledd

Til tross for de klare retningslinjene i forarbeidene til den gamle § 43 tredje ledd viste forskning og en gjennomgang av rettspraksis at tilsynsformen ble brukt i en større utstrekning enn hva som var tiltenkt.¹¹²

En dom fra 5. desember 2008 og en fra 10. september 2008 blir blant andre vist til i proposisjonen som eksempel på rettspraksis etter den gamle bestemmelsen.¹¹³ I førstnevnte hadde en samværsforelder utøvd alvorlig psykisk og fysisk vold mot den andre forelderen under samlivet, i påsyn av barna. Det var ilagt besøksforbud mot samværsforelderen og barna ønsket ikke samvær med denne. Domstolen ønsket at barna skulle få et mer positivt syn på samværsforelderen. Av den grunn ble det bestemt at det skulle være samvær mellom barna og forelderen åtte timer i året, under tilsyn. Det ble ikke tatt stilling til hvor lenge denne ordningen skulle vare. I den andre dommen hadde et barn på fem år utviklet

¹⁰⁶ Ibid. s. 54.

¹⁰⁷ Ibid. s. 32-33.

¹⁰⁸ Ibid. s. 32.

¹⁰⁹ Ibid. s. 55.

¹¹⁰ Ibid. s. 32-33.

¹¹¹ Forskrift om nærmere føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjøring for dette § 2 (opphevet).

¹¹² Prop. 85 L (2012-2013) s. 13.

¹¹³ Ibid. s. 32.

tilpasningsforstyrrelser som følge av psykiske traumer i forbindelse med foreldrenes turbulente samlivsbrudd og den etterfølgende samværsordningen. Han hadde kraftige negative reaksjoner i forbindelse med samværene. På bakgrunn av barnets utrygghet og frykt ble det pålagt tilsyn under samværene som skulle finne sted 16 timer i året. Barnet var ikke hørt om denne ordningen, og det ble ikke oppgitt når ordningen skulle opphøre.

Proposisjonen angir flere hensyn bak innføringen av § 43 a. Det oppgis blant annet at tilsynet skulle kunne brukes oftere i enkelte tilfeller, noe støttet tilsyn bidrar til.¹¹⁴ Videre fremgår det at begrunnelsene for at tilsyn ble pålagt måtte bli tydeligere, noe som muliggjør en analyse av om de tre formålene jeg vil ta for meg blir møtt.¹¹⁵

Dommene over illustrerer de formålene jeg i det videre vil rette fokus mot, og som jeg anser som de mest sentrale. Disse er at barnets perspektiv måtte bli styrket, at den nedre grensen for tilsynsbruken måtte strammes, og at domstolene i mindre grad burde basere avgjørelsene om tilsyn på fremtidsprognoser.¹¹⁶ For å imøtegå formålene ble det innført flere nye krav til de fremtidige påleggene. Disse vil i det følgende bli omtalt.

4.3.2 Barneperspektivet måtte styrkes

Departementet fant at barneperspektivet stod for svakt i rettspraksis etter gamle § 43 tredje ledd.¹¹⁷ Barna måtte beskyttes bedre, sakene måtte utredes grundigere og barna måtte høres i større grad.¹¹⁸ Man fant dette til tross for at barnekonvensjonen artikkel 8 også den gang satte krav til at barnas synspunkter skulle bli innhentet og tillagt vekt, slik som redegjort for i punkt 2.3. Som følge av den retning rettspraksis tok, fant man et behov for å innføre et nytt vilkår om at barnet sine behov måtte tilsi samvær.¹¹⁹ Vilkåret skulle medføre at det spesifikke barnet ble gjenstand for vurdering, at dettes behov ble redegjort for og at barnets mening kom bedre frem.¹²⁰ Der barn gir uttrykk for at de ikke ønsker samvær, som i dommene over, forutsetter proposisjonen nå at barnets vegring blir grundig undersøkt før samvær pålegges barnet.¹²¹

¹¹⁴ Ibid.s. 53

¹¹⁵ Ibid. s. 72

¹¹⁶ Ibid. s. 41.

¹¹⁷ Ibid. s. 13.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Bl. § 43 a første ledd, første punktum.

¹²⁰ Prop. 85 L (2012-2013) s. 49.

¹²¹ Ibid. s. 45.

4.3.3 Terskelen for samværsnekt måtte senkes

Departementet fant også at barna i tilsynssakene måtte beskyttes bedre.¹²² I proposisjonen er det over flere sider foretatt en presisering av hvor grensen til samværsnekt etter skal anses å gå.¹²³ Disse skulle samlet sett skulle bidra til å senke terskelen for å nekte samvær.¹²⁴

Det ble i proposisjonen forutsatt en innstramming i rettspraksis på fire områder hvor samvær ikke burde finne sted.¹²⁵ For det første bør samvær nektes der barn lever under fiktiv identitet og sperret adresse på grunn av den andre forelderens trusler.¹²⁶ Det andre typetilfellet for samværsnekt som nevnes er der det foreligger mistanker om alvorlige forhold som vold og seksuelle overgrep.¹²⁷ Her må det foretas en grundig vurdering før samvær eventuelt kan finne sted.¹²⁸ Det tredje tilfellet er der det foreligger risiko for bortføring.¹²⁹ Det siste tilfellet proposisjonen nevner er der barnet uttaler at det for tiden ikke ønsker samvær.¹³⁰ Også her må det foretas en grundig vurdering før samvær eventuelt kan bli pålagt i strid med barnets uttalte mening.¹³¹

4.3.4 Sakene måtte i større grad avgjøres ut fra et her-og-nå perspektiv

Som dommene i punkt 4.3.1 også illustrerer, ble det etter den gamle bestemmelsen stort sett ikke oppgitt noen avgrenset varighet for hvor lenge samværene skulle være underlagt tilsyn.¹³² Et dilemma retten ofte stod i var hvorvidt de skulle legge til grunn den situasjon de stod ovenfor her og nå, eller om de skulle legge til grunn et fremtidsperspektiv.¹³³

Proposisjonen fremhever i denne forbindelse internasjonal forskning som viser at det å tvinge barn inn i en fremtidsorientert samværsplan ikke bidrar til å skape gode og varige relasjoner.¹³⁴ Barn som sier at de ikke ønsker samvær uten at dette får innflytelse på

¹²² Ibid. s. 13.

¹²³ Ibid. s. 43-45.

¹²⁴ Ibid. s. 6.

¹²⁵ Ibid. s. 53.

¹²⁶ Ibid. s. 43.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid. s. 44.

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid. s. 72.

¹³³ Skjørtten (2005) sitert i Prop. 85 L (2012-2013) s. 45.

¹³⁴ Ibid.

samværsfastsettelsen velger ofte å kutte kontakten med samværsforelderen når de blir eldre på bakgrunn av økt frustrasjon og misnøye.¹³⁵

Både kravet til “avgrensa varigheit” i andre ledd og vilkåret om at ”barnet sine behov må tilsi [tilsyn]” i første ledd, skulle medføre at avgjørelser i større grad blir tatt i et her-og-nå perspektiv ved vurderingen av om samværet skulle ha tilsyn.¹³⁶ Bakgrunnen for valget var at barnets beste og barnets behov, forankret i barnets mening, ikke er en konstant størrelse.¹³⁷ Et her-og-nå perspektiv innebærer dermed at man ikke legger til grunn fremtidsprognoser i vurderingen av om samvær under tilsyn er et behov barnet har. Det er særlig kravet til en avgrenset varighet jeg i det følgende vil behandle i forbindelse med et her-og-nå perspektiv, da det er dette som i praksis vil styre domstolene i retning av kun å ta stilling til barnets behov på kort sikt.

4.4 Vilkårene i § 43 a

4.4.1 Vilkåret “særlege høve”

Etter innføringen av § 43 a foreligger det to kumulative vilkår for at samvær under offentlig tilsyn kan pålegges.¹³⁸ Vilkårene for å pålegge tilsyn er at ”særlege høve” og ”barnet sine behov” tilsier dette.

Ordlyden av ”særlege høve” (særlege grunner) gir i seg selv lite veiledning, men trekker i retning av at det må foreligge omstendigheter ved de aktuelle samværene som er utenom det vanlige. Det legges opp til en nærmere konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle. Utover dette er det vanskelig å hente mer av ordlyden.

I forarbeidene vises det kort til at vilkåret om særlege grunner videreføres slik det er etter gjeldende rett.¹³⁹ Det vil si at vilkåret videreføres slik det var etter gamle § 43 tredje ledd. Som vi har sett var bestemmelsen tidligere kun myntet på tilfeller der det var aktuelt med et sterkt begrenset samvær.¹⁴⁰ Innføringen av det støttede tilsynet gir derimot rom for en mer

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 49, 72-73, og s. 87.

¹³⁷ Ibid. s. 72.

¹³⁸ Ibid. s. 50.

¹³⁹ Ibid. s. 48.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55.

utstrakt tilsynsbruk enn før, og vilkåret om ”særlege høve” må leses i sammenheng med dette. Det kan altså ikke være helt treffende at vilkåret er en ren videreføring av bestemmelsen slik den tidligere var praktisert.

Haugli skrev en artikkel om samvær under tilsyn etter den gamle bestemmelsen.¹⁴¹ Hun anså det slik at det fremgår av proposisjonen til gamle § 43 tredje ledd at ”særlege høve” innebærer at det må foretas en vurdering av om samvær under tilsyn er en bedre løsning for barnet enn å nekte samvær helt.¹⁴² Dette er trolig en av intensjonene med vilkåret, men sier seg også selv, da samvær under tilsyn klart ikke skal gis med mindre det er til barnets beste. Vilkaåret vil etter sin ordlyd inneholde mer enn en ren interesseavveining.

I og med at samvær med støttet eller beskyttet tilsyn er myntet på situasjoner der det er problematikk knyttet til rus, vold, psykiske lidelser, foreldrekonflikter som går utover foreldrefunksjonen eller kontaktetablering,¹⁴³ kan en nærliggende tolkning være at det er slike tilfeller som skal til for at det foreligger særlige grunner. Hensynet til sammenheng i lovteksten tilsier også en slik tolkning, da det er slike tilfeller som særlig anses aktuelle for det offentlig oppnevnte tilsynet. Slike omstendigheter ved samværet vil også medføre at samværs situasjonen er utenom det vanlige, i tråd med den naturlige språklige forståelsen av ordlyden. En slik tolkning er også i tråd med det man kan trekke ut av forarbeidene.

Det ser ut til at det er slik vilkåret blir tolket også i praksis. I min studie av rettspraksis fant jeg åtte dommer hvor vilkåret særlige grunner var nevnt sammen med en etterfølgende begrunnelse.¹⁴⁴

4.4.2 Vilkaåret “barnet sine behov”

Det andre vilkaåret for å ilegge offentlig oppnevnt tilsyn er at ”barnet sine behov” taler for tilsyn.¹⁴⁵ Det kan fremstå som noe uklart om dette vilkaåret tilfører noe mer utover vurderingen

¹⁴¹ Haugli (2013)

¹⁴² Ibid. s. 262.

¹⁴³ Prop. 85 L (2012-2013) s. 7.

¹⁴⁴ Seks av disse begrunnelsene kan subsumeres under typetilfellene for beskyttet eller støttet tilsyn slik de er nevnt i Prop. 85 L (2012-2013) blant annet s. 7: LH-2016-95450, LB-2014-84194, LB-2015-116390, LB-2015-76099, LB-2015-64889, LA-2016-81384. De to resterende faller utenfor typetilfellene, men går likevel ikke imot den foregående tolkningen da proposisjonen ikke stenger for at tilsyn kan brukes på andre tilfeller enn de som nevnes som eksempler: DOM38: fars personlighetstrekk og behov for å verne datteren mot disse var begrunnelsen, DOM42 fars samværskompetanse og behov for veiledning var begrunnelsen. For statistikkene og en redegjørelse av måten disse er behandlet se vedlegg etter litteraturlisten og punkt 4.2.

av ”særlige høve”, eller om det er tale om en rent pedagogisk presisering. Ordlyden av ”barnet sine behov” tilsier at det må foretas en vurdering av om samvær med tilsyn bidrar til å ivareta behovet som det aktuelle barnet måtte ha for kontakt med samværsforelderen. Lest i sammenheng med vilkåret om særlige grunner, fremstår det som nærliggende at vilkåret skal minne rettsanvenderen på at samvær med tilsyn må være bedre for barnet enn alternativet ingen samvær eller samvær uten tilsyn.¹⁴⁶ I dette lyset bidrar ordlyden også til å belyse at barnets antatte tålegrense ikke er aktuelt i vurderingen.¹⁴⁷

Vilkåret ser i utgangspunktet ut som en pedagogisk presisering av gjeldende rett om at barnets beste skal være styrende også i vurderinger av samvær under tilsyn. Dette ble også påpekt i høringsrunden.¹⁴⁸ Proposisjonen presiserer derimot at dette ikke er meningen. Barnets behov er ”et nytt materielt vilkår som skal gjelde i tillegg til det generelle vilkåret om barnets beste.”¹⁴⁹ I merknadene til bestemmelsen står det at vilkåret skal forplikte domstolene til å vurdere formålet med tilsynet, herunder behovet for beskyttelse eller støtte, noe som skal sikre at ”barnets spesifikke behov” blir gjenstand for vurderingen.¹⁵⁰ I vurderingen skal det tas utgangspunkt i barnets subjektive opplevelse av situasjonen.¹⁵¹ Noe naturlig ordlyd også tilsier, da det vil være vanskelig ta hensyn til hva barnet faktisk har behov for uten å se til hva barnet selv mener.

Det kan ikke være tvil om at hensynet til ”barnets beste” allerede vil kunne tilsi en lik vurdering som den vilkåret om ”barnet sine behov” legger opp til. For det første vil ikke tilsyn være til det beste for barnet dersom det ikke ivaretar barnets behov. For det andre er det å høre barnet også et av de overordnede prinsippene etter barnekonvensjonen, som står sentralt i vurderingen av hva som er til ”barnets beste”. Ved denne tilnærmingen vil vilkåret, til tross for proposisjonens presisering om at det dreier seg om et nytt materielt vilkår, i bunn og grunn kun være en pedagogisk presisering.

På den andre siden fant man ved proposisjonen et behov for å endre rettstilstanden slik den hadde utviklet seg. ”Barnets beste” og barnets rett til å bli hørt som grunnleggende barnerettslige prinsipper var ikke nok. Ordlyden av- og praksisen rundt barnets beste legger

¹⁴⁵ Jf. bl. § 43 første ledd, første punktum.

¹⁴⁶ Haugli (2013) s. 262, også omtalt i punkt 4.4.1.

¹⁴⁷ Prop. 85 L (2012-2013) s. 49: kommentar fra RKBU under høringsrunden.

¹⁴⁸ Ibid. s. 49: kommentar fra NOVA under høringsrunden.

¹⁴⁹ Ibid. s. 49.

¹⁵⁰ Ibid. s. 86.

¹⁵¹ Ibid. s. 86.

opp til en i hovedsak objektiv vurdering, hvor retten vurderer hva alle relevante bevis, rettskilder, og forskning samlet sett taler for at må være til det beste for barnet. Ingen av momentene som § 43 annet ledd viser til som relevante i vurderingen av ”barnets beste” peker spesifikt på barnets behov. Heller ikke kreves det etter barneloven § 31 om barnets rett til å bli hørt at dets synspunkt blir redegjort for i rettsavgjørelsene. Det kan med denne tilnærmingen være naturlig å anse vilkåret for å tilføre noe materielt nytt til den norske lovteksten, så vel som en tilsiktet justering av rettspraksis slik den har utviklet seg.

Oppsummert er det min oppfatning at vilkåret om ”barnet sine behov”, lest i sammenheng med proposisjonen, skal ha en materiell funksjon, og bidra til en justering av det som tidligere var gjeldende rett. Vilkåret krever at barnets spesifikke behov for tilsyn blir vurdert og redegjort for.

4.4.3 Begrunnelsesplikt

Barneloven § 43 a femte ledd tredje punktum pålegger domstolene å redegjøre for formålet med tilsynet og behovet til barnet også i rettsforlik. Femte ledd lest i sammenheng må forstås slik at begrunnelseskravet til et rettsforlik i alle fall ikke er noe lavere ved dommer og kjennelser (midlertidige avgjørelser).

I og med at partene ikke har fri rådighet over sine prosesshandlinger i saker om barns rettsforhold etter barneloven, vil domstolene måtte sørge for at barnets behov og formålet med hensynet blir tilstrekkelig belyst uavhengig av partenes prosesshandlinger.¹⁵²

Det var som følge av en manglende begrunnelsesplikt og mangelen av vilkåret om barnets behov vanskelig å overprøve om barnets ståsted ble tatt tilstrekkelig hensyn til i saker etter gamle § 43 tredje ledd.¹⁵³ Ved femte ledd ble det forutsatt at barnas syn, foreldrenes forutsetninger og forhold samt situasjonen som gjorde tilsyn nødvendig i det minste blir redegjort for.¹⁵⁴ Den nye plikten vil følgelig styrke rettsikkerheten og muligheten for overprøving av disse sakene.¹⁵⁵

¹⁵² Tvl. § 11-4.

¹⁵³ Prop. 85 L (2012-2013) s. 49.

¹⁵⁴ Ibid. s. 72.

¹⁵⁵ Ibid.

4.4.4 Tidsbegrensningene

Pålegget om tilsyn under samvær skal etter annet ledd også oppgi ”timetalet” for tilsynet og en ”avgrensa varighet”. Timetallene er angitt ved absolutte tak per år både i forarbeidene og forskriften til bestemmelsen.¹⁵⁶

Kravet om å oppgi en avgrenset varighet for tilsynet legger en klar føring for pålegget om å ta stilling til når tilsynet skal opphøre. I proposisjonen heter det at hovedregelen er at tilsynet ikke skal ha en varighet ut over ett år,¹⁵⁷ og forskriften krever at tilsyn gitt for mer enn et år skal grunngis særskilt.¹⁵⁸ Lovteksten og forskriften legger dermed klare føringer i retning av et her-og-nå perspektiv, fremfor et fremtidsrettet perspektiv.

Det kan innvendes at det ikke nødvendigvis vil være til barnets beste med flere rettssaker år etter år for å finne ut av om samværene fortsatt skal være under tilsyn. Der begrunnelsen for tilsynet for eksempel er forelderens psykiske sykdom, eller vedvarende rusproblem vil behovet for tilsyn i mange tilfeller kunne foreligge for flere år frem i tid. Proposisjonen har ikke tatt stilling til denne problemstillingen direkte. Gitt at domstolen finner forhold som gjør at en avgrenset varighet på et år bli uheldig, vil det være i tråd med hensynet til barnets beste å utvide varigheten. Verken proposisjonen eller forskriften er til hinder for en slik vurdering, det de derimot krever er en konkret begrunnelse valget.¹⁵⁹

Ordlyden stenger derimot for å gjøre tilsyn til en permanent løsning, da den krever at tilsynet skal være ”avgrenset”. I proposisjonen vises det til at det i NOUen var foreslått å kunne bruke tilsyn som en permanent løsning.¹⁶⁰ Dette mente departementet imidlertid at ikke burde følges opp.¹⁶¹ Intensjonen fremstår derfor samlet sett som klar i retning av at permanent bruk av tilsyn setter en absolutt grense for varigheten.

¹⁵⁶ Ibid. s. 87 og tilsynsforskriften § 4 og § 6.

¹⁵⁷ Prop. 85 L (2012-2013) s. 72.

¹⁵⁸ Tilsynsforskriften § 2 annet ledd annet punktum.

¹⁵⁹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 73.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

5 Analyse og evaluering av rettspraksis

5.1 Innledning

I del 5 av oppgaven vil jeg analysere rettspraksis og kartlegge hvorvidt lovgivers intensjon ved innføringen av § 43 a er fulgt opp. For å besvare dette vil jeg i det følgende bygge videre på de tre formålene ved lovendringen som ble omtalt i punkt 4.3. Først vil jeg i punkt 5.2 se på om barneperspektivet er styrket i form av at barnets behov og barnets stemme blir redegjort for i avgjørelsene. Deretter vil jeg i punkt 5.3 se på om terskelen for samværsnekt er senket som følge av de pedagogiske presiseringene proposisjonen ga, eller om tilsyn i enkelte tilfeller blir brukt som sovepute for domstolen. Til slutt vil jeg i punkt 5.4 se på om hensikten om å styre vurderingene av tilsynssamvær inn i et her-og-nå rettet perspektiv kan anses oppfylt.

Det er verdt å merke seg at utvalget av avgjørelser er basert på de få tilfellene som når så langt som lagmannsretten. Det forhold at en eller begge partene har anket avgjørelsen fra tingretten, og at partene ikke har lyktes å løse saken ved forlik, tilsier at disse sakene vil være under et høyt konfliktnivå i utgangspunktet.

Analysen av rettspraksis baserer seg på de skriftlige avgjørelsesgrunnene. Det kan tenkes at utredninger i realiteten er tilfredsstillende klarlagt under selve rettsmøtet, til tross for at dette ikke kommer frem i den etterfølgende skriftlige begrunnelsen for rettsavgjørelsen.

Domstolene kan også være tilbakeholdne av hensyn til partene og barna. Dette kan være en feilkilde i min analyse, men vil heller ikke være i samsvar med proposisjonens intensjon om å styrke rettssikkerheten i disse sakene.¹⁶²

Alle statistikker jeg viser til er representert ved tabeller som ligger vedlagt oppgaven under ”Vedlegg”.

¹⁶² Jf. punkt 4.4.3 om begrunnelsesplikten.

5.2 Barneperspektivet

5.2.1 Innledning

Som vi har sett kan det hevdes at vilkåret om barnets behov kun er en pedagogisk presisering av gjeldende rett på bakgrunn av de kravene som loven uansett stiller til ivaretagelse av barnets beste og barnets synspunkter i saker vedrørende samværsordninger. Uansett om man velger å anse vilkåret som en materiell endring, eller kun en presisering av gjeldende rett, er det interessant å se i hvilken grad vilkåret har klart å endre utviklingen i rettspraksis i retning av et styrket barneperspektiv. På bakgrunn av konklusjonen om en materiell virkning i punkt 4.4.2 er spørsmålet i det følgende om ”barnet sine behov” som vilkår har gitt ønsket effekt.

Av proposisjonen fremgår det at man savnet begrunnelser som i større grad redegjorde for hvorfor tilsyn ble satt som vilkår for samværene.¹⁶³ Særlig vises det til at det ofte ikke ble redegjort for om barnet var hørt, og hva som i så fall var dets mening.¹⁶⁴

For å studere i hvilken grad barneperspektivet er styrket i form av et større fokus på barnets behov, og har jeg i punkt 5.2.2 sett på i hvilken grad ”barnet sine behov” blir trukket frem i begrunnelsene som et selvstendig vilkår for tilsyn. Deretter har jeg sett på om rettsavgjørelsen har gitt en redegjørelse som begrunner barnet sitt behov for tilsyn, uavhengig av om vilkåret er nevnt.

I punkt 5.2.3 vil jeg se på i hvilken grad barnets stemme nå er å finne igjen i rettsavgjørelsene som pålegger tilsyn. Selv om barnets synspunkt er ment å være en del av redegjørelsen for barnets behov, har jeg valgt å behandle disse adskilt. Skillet er gjort for å kunne undersøke om vilkåret ”barnet sine behov” har et selvstendig innhold sett bort fra barnets stemme, og for å kunne studere om lovgivers intensjon om at barnets synspunkt skulle løftes frem er oppfylt.

Der barnet uttaler at det ikke ønsker samvær reises en egen problemstilling i relasjon til samvær under tilsyn. Dette er et tema jeg vil behandle i punkt 5.3 om grensen til samværsnekt, da dette inngår som et av fire punkter hvor grensen til samvær var tiltenkt skjerpet.

¹⁶³ Se Prop. 85 L (2012-2013) s. 72.

¹⁶⁴ Ibid.

5.2.2 Vilkåret ”barnet sine behov” i rettspraksis

Vilkåret ”barnet sine behov”

Jeg fant ved gjennomgangen av praksis at det kun i 26 prosent av tilfellene (11 av 42 aktuelle tilfeller) var vist til ”barnet sine behov” som et kumulativt vilkår for samvær under tilsyn etter § 43 a. Det er et overraskende lavt tall. Ordinær metodelære tilsier at man for å kunne vurdere om en rettsregels virkning kan anvendes, først må ta stilling til om rettsregelens vilkår er innfridd.¹⁶⁵ Dette tilsier at vilkåret burde bli behandlet eksplisitt i større grad. Særlig da det er et vilkår for inngrep i retten til samvær og familieliv.¹⁶⁶

Redegjørelse for et behov

For problemstillingen, i hvilken grad lovgivers intensjon er møtt i praksis, har innvendingene mot metodebruken likevel begrenset betydning. Lovgivers intensjon var å endre rettspraksis i den retning at barnets perspektiv skulle få en større plass i redegjørelsene for at tilsyn ble pålagt. Ved å lese de aktuelle rettsavgjørelsene fant jeg at man uavhengig av om vilkåret var nevnt kunne finne en redegjørelse som naturlig kunne knyttes til hva som var barnets behov for tilsyn i hele 79 prosent av tilfellene (31 av 39 aktuelle tilfeller). Jeg regnet her ikke de rettsavgjørelser som kun tar for seg formålet med tilsynet for å ha redegjort for barnets behov, da § 43 a femte ledd krever at de begge blir redegjort for.

Hvor stort fokus barnets behov fikk i redegjørelsene for tilsynspåleggene varierte derimot. På den nedre enden av skalaen finner man LB-2015-41729, en kjennelse som viste til at barna ble utsatt for stress som følge av den vedvarende konflikten mellom foreldrene. Det blir ikke eksplisitt sagt at barna derfor har et behov for at samværene foregår under tilsyn, men man kan lett trekke et slikt behov ut av setningen om barnas stress.

I andre enden av skalaen har man eksempler som LE-2015-186146, som også er en kjennelse. Her er det flere setninger og avsnitt som kan knyttes til barnets behov for tilsyn. Det vises til at barnet er sårbart og utrygt, og derfor har et særlig behov for stabilitet, ro og forutsigbarhet i hverdagen. Det vises også til at barnet må skjermes fra mors skadelige samspill, samtidig som det har behov for samvær med henne.

¹⁶⁵ Nygaard (2012) s. 26.

¹⁶⁶ Jf. legalitetsprinsippet og GrL. § 113.

Med grunnlag i dette tallet kan man slå fast at lovgivers intensjon om å styrke barneperspektivet stort sett har blitt blir gjenspeilet i praksis ved innføringen av vilkåret om barnets behov, til tross for at en god del av disse avgjørelsene ikke redegjør for behovet direkte, eller viser til dette som et vilkår. Dersom man sier at alle rettsavgjørelser som redegjør for barnets syn, også oppfyller vilkåret, stiger tallet ytterligere.¹⁶⁷

Fra et rettssikkerhetsperspektiv er det derimot uheldig at en i mange saker må tolke seg frem til utsagn som peker i retning av at barnet har et behov for tilsyn. Avgjørelsene kunne med fordel både ha nevnt vilkåret og redegjort for at det er oppfylt, slik at leseren ikke er i tvil om hvilket behov barnet har for at tilsyn pålegges.

Manglet både vilkåret og begrunnelsen

I 21 prosent av tilfellene (8 av 39 tilfeller) var det hverken lett å tolke seg frem til en begrunnelse for barnets behov, eller vist til at dette var et vilkår for å pålegge tilsyn.

Seks av disse hadde problematikk knyttet til vold og seksuelle overgrep.¹⁶⁸ Da fire av dem også vil bli omtalt under punkt 5.3 om grensen til samværnsnekt,¹⁶⁹ vil jeg kun ta for meg et eksempel nå som er illustrerende.

I kjennelsen LB-2015-145507 ble tilsyn pålagt på grunnlag av voldspåstander. Barna ønsket samvær med far, og risikoen for vold ble ikke funnet å være stor. Selv om barnas behov for tilsyn ikke blir omtalt, kan man tenke seg til at barna vil ha behov for tilsyn på bakgrunn av sin rett til ikke å bli utsatt for vold. Man kan også tenke seg til at tilsynet var i tråd med det beskyttede tilsynets formål om å beskytte og verne barna. Som det fremgår av kjennelsen var saken ikke tilstrekkelig opplyst til å kunne vurdere risikoen fullt ut i kjennelsen. Gitt at begrunnelsen hadde gått i en slik retning går både denne og de resterende rettsavgjørelsene mye mulig i motstrid med lovgivers intensjon om tilsyn. Det følger som nevnt av proposisjonen at ”en tilsynsperson ikke kan være noen garanti for barnets sikkerhet.”¹⁷⁰

Dersom det oppstilles et krav til begrunnelsen om at det må vise til vilkåret ”barnet sine behov” og redegjøre for behovet eksplisitt kan det hevdes at rettssikkerheten ikke er bedret i

¹⁶⁷ Som følger av kommende punkt 5.2.3.

¹⁶⁸ LF-2014-180279, LH-2015-66418, LB-2014-159862, LB-2015-60603, LB-2015-145507, LB-2014-169466

¹⁶⁹ LH-2015-66418, LB-2014-159862, LB-2015-60603, LB-2014-169466

¹⁷⁰ Se Prop. 85 L (2012-2013) s. 53, mer om dette under « samværnsnekt » i punkt 5.3.

tråd med lovgivers intensjon, og barneperspektivet dermed ikke styrket i en slik grad som var ønsket.

5.2.3 Barnets synspunkt i rettspraksis

I forbindelse med innføringen av vilkåret om ”barnet sine behov” ble det forutsatt at vilkåret også skulle føre til at barn i større grad ble hørt i saker der samvær under tilsyn blir vurdert.¹⁷¹ Særlig vises det til at det må bli bedre dokumentert om barna er hørt og hva som i så fall er deres mening.¹⁷² Spørsmålet blir så i hvilken grad intensjonen om at barnets eget syn på saken skal redegjøres for, gjenspeiles i praksis.

På bakgrunn av redegjørelsen for barnets mening i punkt 2.3 anser jeg barnets synspunkter som representert både der barnets stemme er redegjort for, og der barnets reaksjoner i forbindelse med samvær kommer frem. Jeg fant da at barnets synspunkt ble representert i hele 85 prosent av tilfellene (34 av 40 aktuelle avgjørelser).

Kun i seks tilfeller fant jeg at barnets synspunkter ikke var representert. To av disse kunne unnskyldes på grunn av lav alder. I LB-2015-35439 (kjennelse) var barnet bare 4,5 år og hadde ikke hatt kontakt med samværsforelder siden det var 2 år gammelt. I LB-2014-84194 (kjennelse) var barnet kun var ett år gammelt. Det ble her vist til at barnets opplevelse av samværene ville bli bedre utredet under hovedforhandlingen ved hjelp av sakkyndig.

Vi står altså igjen med kun fire avgjørelser hvor barnets eget synspunkt på saken ikke er fremhevet (10 prosent av de aktuelle dommene). Også her vil kritikken måtte nyanseres. For det første er det er forskjell på barnas alder. For det andre kan det være at barna ikke ønsket å uttale seg uten at dette kommer frem i dommen/kjennelsen.

I to av de fire rettsavgjørelsene var barna over 7 år gamle uten at barnas mening eller noen utredelse av barnas opplevelse av samværene var å finne.¹⁷³ I de to resterende var barna 3 og 5 år gamle,¹⁷⁴ heller ikke her kunne man finne utredninger av barnas opplevelse av samværene eller barnets stemme. Dersom barna ikke er hørt i det hele tatt er dette mest kritikkverdige for de to førstnevnte, på bakgrunn av barneloven § 31. Uansett strider det imot

¹⁷¹ Se Prop. 85 L (2012-2013) s. 49.

¹⁷² Ibid. s. 72.

¹⁷³ LB-2014-159862 (åtte år gammelt barn) og LF-2016-41100 (barn på ti år, åtte år og fem år)

¹⁷⁴ LF-2016-61425 (tre år gammelt barn) og LF-2016-7526 (fem år gammelt barn)

lovgivers intensjon om en styrket rettssikkerhet for barn med innføringen av § 43 a å unnlate å skrive hvorfor barnas synspunkt ikke er vurdert.

Alt i alt gir de avgjørelsene jeg har analysert inntrykk av at lovgivers intensjon i stor grad følges opp når det kommer til å fremheve barnets syn på samværsspørsmålet der tilsyn blir vurdert. At lovteksten ikke uttrykkelig krever at barnets synspunkt redegjøres for ser derfor ikke ut til å være et problem.

Som eksempler på den positive trenden kan LB-2016-38296 (dom) trekkes frem. Her var barnet kun 16-17 måneder gammelt. Selv om barnet ikke kan uttale seg er barnets atferd under samværene blitt undersøkt, og det vises til at samværene stort sett har fungert bra for barnet. I LB-2015-64889 (dom) uttalte et tre år gammelt barn at det ikke ønsket samvær, men atferden trakk i motsatt retning. Her ble det foretatt en omfattende redegjørelse av bevis og sakkyndigutredninger, før de kom til at barnets uttalte motvilje var en refleksjon av morens ønske og ikke barnets.

5.2.4 Avsluttende betraktninger

Det viser seg at lovgivers intensjon om å få frem barnets syn på saken er oppfylt i større grad enn intensjonen om å få frem en redegjørelse for barnets behov. Resultatet er overraskende sett i sammenheng med at lovteksten ikke eksplisitt stiller noen krav til at barnets stemme blir redegjort for. Anser man barnets behov som redegjort for der barnets synspunkt kommer frem, på bakgrunn av at dette også var et av formålene med innføringen av vilkåret ”barnet sine behov”, kan man si at lovgivers intensjon bak innføringen av vilkåret i stor grad er møtt.

Dette er imidlertid etter min vurdering ikke tilstrekkelig for å oppfylle lovgivers intensjon, sett i lys av de krav som stilles til begrunnelsen. I kravet til at avgjørelsene skal redegjøre for barnets behov og barnets formål ligger det blant annet et minstekrav om ”at barnets behov og barnets syn må beskrives”.¹⁷⁵ Det blir dermed for enkelt å konkludere med at lovgivers intensjon om et styrket barneperspektiv er møtt så lenge barnets synspunkt beskrives.

Det er mulig at noe av grunnen til at barnets behov ikke alltid blir redegjort for kan være at domstolene har tradisjon for å foreta vurderinger som vedgår barn basert på helhetsvurderinger av hva som er ”barnets beste”. En annen forklaring kan være at barnets

¹⁷⁵ Prop. 85 L (2012-2013) s. 72.

behov som vilkår blir ansett som overflødig, all den tid kravet til at barnets beste fortsatt består uavhengig av vilkåret, slik at drøftelsene anses å ivareta barnets perspektiv i tilstrekkelig grad uavhengig av om barnets behov for tilsyn blir omtalt eller ei.

Siden barnets behov ble redegjort for i større eller mindre grad i hele 79 prosent av de aktuelle tilfellene, og barnets synspunkt ble redegjort for i 85 prosent av de aktuelle tilfellene, må det konkluderes med at lovgivers intensjon om å styrke barneperspektivet har blitt møtt i stor grad.

5.3 Samværsnekt

5.3.1 Innledning

I det følgende vil jeg se på de pedagogiske presiseringene gitt i proposisjonen vedrørende grensene for tilsynsbruk, og hvordan disse har blitt fulgt opp i praksis.

5.3.2 Åtte tilfeller

Ved gjennomgangen av rettspraksis stilte jeg spørsmålet: er dette en rettsavgjørelse hvor det kan virke som at retningslinjene i proposisjonen for grensen til samværsnekt ikke blir fulgt? For å besvare spørsmålet satt jeg den enkelte rettsavgjørelse opp mot de fire typetilfellene for samværsnekt som proposisjonen særlig trekker frem samt redegjørelsen for når tilsyn ikke skal benyttes.¹⁷⁶

I hele 8 av 44 rettsavgjørelser ble svaret på spørsmålet ja. Fire av disse vil jeg omtale under punkt 5.3.3 under overskriften ”vold og seksuelle overgrep”. To av dem vil jeg omtale under punkt 5.3.4 om barn som ikke ønsker samvær. De to siste under overskriften ”bortføringsfare” i punkt 5.3.5. Begrunnelsen for at jeg har svart ja i de enkelte tilfellene vil bli gitt for den enkelte dom. I punkt 5.3.7 vil jeg bemerke omstendigheter som kan gjøre at proposisjonens krav ikke alltid blir møtt.

¹⁷⁶ Ibid. s. 43-45 og s. 54

5.3.3 Vold og seksuelle overgrep

Etter proposisjonen skal det i tilfeller hvor en av foreldrene mistenker at barnet utsettes for seksuelle overgrep, vold eller andre alvorlige forhold, foretas en *bevisvurdering* av om ”barnet *har vært* utsatt for eller vitne til alvorlige forhold som vold og overgrep” (mine markeringer).¹⁷⁷ Deretter må det tas stilling til om det foreligger en ”*fare for* gjentakelse eller retraumatisering” (mine markeringer).¹⁷⁸ Dersom svaret er ja på begge disse spørsmålene står det at ”gjeldende rett [må] forstås slik at det ikke skal fastsettes samvær, heller ikke med tilsyn.”¹⁷⁹

Jeg fant hele fem tilfeller hvor det forelå slike mistanker, uten at proposisjonens vurderingstema var fulgt helt ut.

I LH-2015-66418 var det problematikk knyttet til seksuelle overgrep. Her starter lagmannsretten med å peke på en lik vurdering som forarbeidene legger opp til i relasjon til at det må foretas en bevisvurdering, og bemerker ”at politiets henleggelse av saken ikke er avgjørende for spørsmålene lagmannsretten skal ta stilling til.” Det blir derimot ikke konkludert på om det er tilstrekkelig bevist at det har forekommet seksuelle overgrep mot barnet. Retten finner derimot, etter å ha redegjort for stedatterens forklaring sett i sammenheng med sakens øvrige opplysninger, at disse innebærer ”*en slik grad av risiko for seksuelle overgrep* at samværene mellom C og far *bare kan skje innenfor rammene av beskyttet tilsyn (...)*” (mine uthevinger).

Etter proposisjonens skal spørsmålet først være om det er tilstrekkelig bevist at det har funnet sted seksuelle overgrep, og deretter om det er fare for gjentakelse eller retraumatisering ved samværene.¹⁸⁰ En slik vurdering er ikke her foretatt. Man finner derimot at risikoen for overgrep tilsier at samvær må foregå under konstant tilsyn.

At man ikke lenger skal kunne bruke en tilsynsperson som en ”garanti for barnets sikkerhet” taler for at tilsyn ikke lenger skal kunne brukes for å avverge seksuelle overgrep.¹⁸¹

Departementet underbygger dette med henvisning til de svenske forarbeidene, hvor det

¹⁷⁷ Ibid.s. 43.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid. s. 53.

fremgår at en tilsynsperson ”ikke fysisk kan forhindre at et barn krenkes”.¹⁸² Proposisjonen sier derimot ikke eksplisitt at rettstilstanden nå skulle gå tilbake til slik den var før innføringen av offentlig oppnevnt tilsyn fant sted, hvor man overhodet ikke skulle ta noen risiko der det var tale om seksuelle overgrep.¹⁸³ Det kan på bakgrunn av dette stilles spørsmål ved om lovgiver har ment at tilsyn skulle kunne brukes der det foreligger risiko for overgrep eller ikke.

LB-2014-159862 er et liknende tilfelle. Retten fant det først sannsynliggjort at det hadde forekommet overgrep mot C sin stesøster. Lagmannsretten kommer så til at ”det kan være en risiko for overgrep også mot C.” Risikoen ble derimot ikke ansett som så stor at det ikke skulle finne sted samvær i det hele tatt, og tilsyn ble derfor pålagt.

I LB-2015-60603 fant lagmannsretten først at ”det er tilstrekkelig sannsynliggjort at C har vært utsatt for seksuelle overgrep fra fars side.” Dette er i tråd med forarbeidenes første krav til vurdering i disse sakene. Dommen mangler derimot del to av vurderingen. I stedet for å ta stilling til retraumatiserings- og gjentakelsesfaren virker det til at retten fokuserer på forhold som kan tilsi at overgrepene ikke har skjedd. Overgrepene blir gitt stempelen at ”de ikke er av de aller mest alvorlige”, før lagmannsretten så kommer til at det skal være samvær under beskyttet tilsyn 16 timer i året ca. fem år frem i tid.

De to siste tilfellene jeg vil omtale i dette punktet var saker med voldsproblematikk. I LB-2014-169466 står det at ”[b]evisføringen har vist et mønster over mange år (...) der A i affekt får raseriutbrudd som enkelte ganger leder til fysisk utagering.” Lagmannsretten finner så at ”det fortsatt er fare for raseriutbrudd” og at det på det nåværende tidspunktet ikke er ”tilstrekkelig godtgjort at affektutbrudd ikke kan oppstå overfor eller i nærvær av C.” Her er forarbeidenes vurderingsmodell tatt stilling til, eller samværsnekt vurdert etter § 43 første ledd tredje punktum. Selv om saker som har problematikk knyttet til vold er i kjernen av tilfellene beskyttet tilsyn er ment for, virker tilfellet også å være i grenseland til samværsnekt da retten legger til grunn at det er fare for nye slike raseriutbrudd. Dette kan på bakgrunn av dette virke som at retten ikke har vært oppmerksom på føringene i forarbeidene.

I LA-2016-22293 kommer retten til at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at det ene barnet har blitt utsatt for vold fra samværspersonen. Dette barnet er 11 år gammelt og uttaler i

¹⁸² Ibid. s. 53.

¹⁸³ Blant andre Rt. 1994 s. 940 og Rt. 1989 s. 320, Bendiksen (2015) s. 142.

tillegg at det ikke ønsker samvær med mor. Retten kommer til at det skal være samvær, under beskyttet tilsyn de to første samværene av hensyn til volden, og deretter uten tilsyn. Det blir ikke tatt stilling til retraumatisering eller gjentakelsesfare. Siden avgjørelsen mangler del to av begrunnelsen for om samvær eventuelt burde nektes vedrørende voldsproblematikken, kan man ikke med sikkerhet si at den er i strid med lovgivers intensjoner vedrørende grensen til samværsnekt.

5.3.4 Barn som ikke ønsker samvær

Kjennelsen i forrige avsnitt representerer derimot også en av to dommer hvor jeg fant at barnet hadde uttalt at det ikke ønsket samvær, uten at det ble foretatt noen redegjørelse i rettsavgjørelsen på hvorfor dette ønsket ikke blir lagt avgjørende vekt på.

I proposisjonen heter det at barn som for tiden ikke ønsker samvær ikke skal pålegges dette før saken er tilstrekkelig utredet, og barnets og familiens situasjon tilfredsstillende klarlagt.¹⁸⁴

I LA-2015-167727 fremgår det at det 4 år gamle barnet ”uttaler med styrke” at det ikke vil til samværsforelderen, far. Fra barnehagen ble det rapportert det at barnet kunne sitte stille i garderoben og strigråte før han skulle til far, og at de opplever overleveringene til far som hjerteskjærende. Lagmannsretten vurderte om samvær på denne bakgrunn skulle nektes, men det ble bestemt samvær under tilsyn hovedsakelig med henvisning til at den sakkyndige anbefalte retten å fastsette et begrenset samvær under tilsyn. Det fremstår som noe betenkelig at en sakkyndig sin vurdering av et juridisk spørsmål får så stor vekt, spesielt når det står i proposisjonen at barns mening skal tillegges stor vekt der de tidligere har hatt samvær.¹⁸⁵

Formidler barnet at samværene har vært ubekvemme slik som her, anbefales det å nekte samvær helt.¹⁸⁶ Denne dommen er derfor tilsynelatende i strid med intensjonen ved bruken av beskyttet tilsyn og dermed også innføringen av § 43 a.

Det fremgår av tilsammen fem av de 44 rettsavgjørelsene jeg har analysert, at barnet hadde uttalt at det ikke ønsket samvær. To av disse er nevnt ovenfor, hvor lite tyder på at samvær

¹⁸⁴ Prop. 85 L (2012-2013) s. 45.

¹⁸⁵ Ibid. s. 49.

¹⁸⁶ Ibid. s. 49.

under tilsyn ble drøftet særskilt. I de tre andre tilfellene tok retten tak i problemstillingen og drøftet om det likevel skulle være samvær særskilt, i tråd med proposisjonens føringer.¹⁸⁷

5.3.5 Bortføringsfare

Jeg fant at samvær under tilsyn var gitt i to tilfeller der det ble konstatert fare for bortføring. Skal man sikre barnet mot bortføring under samværene ville det vært nødvendig med politibeskyttelse heter det i proposisjonen.¹⁸⁸ Politibeskyttelse blir ansett som en uakseptabel ramme rundt samværet fra barnets perspektiv, og derfor må samvær nektes i disse tilfellene.

¹⁸⁹

Til tross for disse klare retningslinjene fant jeg at beskyttet tilsyn ble pålagt i LA-2016-81384 av hensyn til en ”reell fare for at A [kunne] ta med seg C ut av landet”. I LB-2016-38296 ble det pålagt støttet tilsyn først og fremst av hensyn til at barnet hadde så lite kjennskap til far og at det ville gå lang tid mellom samværene. Som det følger av begrunnelsen ble tilsyn også gitt av hensyn til at det forelå ”visse holdepunkter som underbygger Bs (mors) frykt for at A (far) vil ta C (barnet) med seg til USA.” Blant annet hadde far skaffet amerikansk statsborgerskap til barnet og skaffet seg foreldreansvaret alene ved en amerikansk domstol. Om det er en fare for at barnet vil bli tatt med ut av landet varig og uten lov, foreligger det fare for barne bortføring.¹⁹⁰

5.3.6 Et grensetilfelle

Et tilfelle falt ikke inn under noen av proposisjonens typetilfeller for samværsnekt, men tingretten kom til at samvær måtte nektes. Saken er interessant ettersom den kan bidra til å belyse balansegangen som går mellom samvær under offentlig oppnevnt tilsyn og samværsnekt. Det aktuelle tilfellet er LF-2016-61425, hvor samværspersonen, far, ble ansett som lett krenkbar og med liten selvinnsikt i hvordan hans opptreden preget de rundt han. Han ble heller ikke ansett som særlig veiledbar. Lagmannsretten kom, i motsetning til tingretten, til at det skulle være samvær. Det ble ansett som nødvendig med støttet tilsyn. Begrunnelsen

¹⁸⁷ LH-2016-95450, LA-2015-107901, LA-2016-66019

¹⁸⁸ Prop. 85 L (2012-2013) s. 44.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Regjeringen (2016)

var at barnet kun var tre år gammelt, og det ville vært drastisk å ikke la barnet ha kjennskap til sitt biologiske opphav i det hele tatt uten å gi far en sjanse til å forbedre seg.

5.3.7 Avsluttende betraktninger

Oppsummert har lagmannsretten i 18 prosent av avgjørelsene som påla tilsyn (8 av 44) ikke tatt stilling til grensen mellom samværsnekt og samvær under tilsyn, i tråd med det proposisjonen legger opp til. Samvær under tilsyn vil etter sin natur i flere tilfeller ligge helt i grensen mot samværsnekt. Selv om prosentandelen her ikke er høy, er det tale om et såpass sentralt tema at antallet etter min vurdering er oppsiktsvekkende.

I tilfellene der det foreligger bortføringsfare er føringene gitt i proposisjonen helt tydelige og lette å forholde seg til. De to rettsavgjørelsene under dette punktet tar ikke stilling til problemet i det hele tatt, noe som må sies å være i strid med proposisjonens intensjoner.

Dette reiser spørsmålet om lovendringen, slik den er gjennomført, ikke i tilstrekkelig grad angir hvilke tilfeller som skal føre til samværsnekt. Det kan anses som uheldig at lovens ordlyd ikke har med noen elementer som peker i retning av en samværsnektvurdering. På den andre siden er lovteksten helt ny, noe som gjør det nærliggende å undersøke forarbeidene for å finne ut hva lovgiver har ment. Grunnen til at retningslinjene ikke alltid blir fulgt kan også ligge i det faktum at samværsnekttilfellene ikke blir direkte omtalt sammen med tilsynsformene i proposisjonen.

Når det kommer til barn som for tiden ikke ønsker samvær, ble det i hele to av fem tilfeller gitt tilsyn til tross for at barnet uttaler at det ikke ønsker samvær, uten at påleggelsen var drøftet særskilt opp mot barnets uttalte ønske. Dette er ikke i tråd med forarbeidenes intensjon om å styrke barneperspektivet og øke rettssikkerheten for barna i disse sakene. Heller ikke her ser det ut til at rettsanvenderen har funnet frem til de aktuelle føringene i proposisjonens kapittel om samværsnekt.

Kategorien for vold og seksuelle overgrep finner jeg litt mer problematisk å ta stilling til. Flere av avgjørelsene følger ikke den to-delte vurderingen forarbeidene foreskriver, noe som gjør det utfordrende å vite om den forutsatte terskel for samværsnekt blir etterlevd. Noen av avgjørelsene står også ovenfor en annen problemstilling enn proposisjonen kan hjelpe til med

å løse. Det ser ut til at et typetilfelle som går igjen er at domstolen finner at det foreligger risiko for vold eller seksuelle overgrep, uten at man kan bevise at dette faktisk har skjedd.

Ved rettstilstanden før innføringen av offentlig oppnevnt tilsyn skulle det overhodet ikke tas noen risiko når det kom til seksuelle overgrep.¹⁹¹ Man fikk så et offentlig oppnevnt tilsyn som redegjort for i punkt 4.2, hvor tilsyn noen ganger kunne bli brukt der ”formålet [var] å avverge eventuelle overgrep”.¹⁹² Ved innføringen av § 43 a var grensen tiltenkt senket.¹⁹³ I Rt. 2013 s. 1329 tok Høyesterett stilling til den nye grensen mellom samværsnekt og tilsyn basert på proposisjonen. Retten kom her til at samvær måtte nektes. I denne saken fant lagmannsretten at det ikke lot seg gjøre å avkrefte risikoen for seksuelle overgrep, en bevisvurdering som Høyesterett sluttet seg til.¹⁹⁴ Samvær ble likevel ikke nektet på bakgrunn av at det forelå risiko for seksuelle overgrep, men på bakgrunn av den belastning denne risikoen påførte mor, og dermed også barnet. Barnet ville mest sannsynlig ville oppleve en sviktende omsorgssituasjon av mor dersom samvær med far fant sted. Avgjørelsen gir etter min oppfatning lite veiledning til terskelen for samværsnekt i tilfeller hvor det er risiko for overgrep.

Bendiksen og Haugli påpeker imidlertid i sin redegjørelse for samværsnekt at dommen medfører en utvikling i retning av en senket terskel for samværsnekt. Dette fordi Høyesterett i dommen fastslår at ”særlig tungtveiende grunner” ikke lenger er noe tilleggsvilkår ut over det som står i loven, slik proposisjonen legger opp til.¹⁹⁵

Spørsmålet jeg står igjen med, basert på redegjørelsen om beskyttet tilsyn i punkt 3.2 og redegjørelsen for rettsavgjørelsene som fastsatte tilsyn der det var problematikk knyttet til seksuelle overgrep, er hvor grensen for tilsyn ved risiko for seksuelle overgrep nå skal gå.

Når det kommer til problematikk knyttet til vold, har praksis gjennomgående ikke vært like streng. Det kan stilles spørsmål ved om det er meningen at man skal kunne pålegge beskyttet tilsyn der man finner en risiko for vold, uten å kunne bevise i tilstrekkelig grad at dette faktisk har funnet sted eller vil komme til å finne sted igjen. En slik tolkning kan være nærliggende basert på de nevnte rettsavgjørelsene vi har sett i punkt 5.3.3. Tolkningen er likevel ikke i tråd

¹⁹¹ Blant andre Rt. 1994 s. 940 og Rt. 1989 s. 320, Bendiksen (2015) s. 142.

¹⁹² Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55.

¹⁹³ Prop. 85 L (2012-2013) s. 43.

¹⁹⁴ Avsnitt 48

¹⁹⁵ Mer om dette i punkt 2.4.

med proposisjonens formål om at en tilsynsperson ikke skal brukes som en garanti for barnets sikkerhet. Av den grunn er grensen uklar også her.

I proposisjonen vises det til internasjonal forskning som har funnet at noen barn ikke opplever samvær under tilsyn som trygt eller positivt.¹⁹⁶ Det var i denne gruppen barn en overrepresentasjon av barn med vold i familien.¹⁹⁷ Hvorfor departementet etter dette kom til at beskyttet tilsyn enda skulle være særlig aktuelt der det var snakk om voldsproblematikk, fremstår ikke som klart for meg.

Det er fortsatt behov for oppklaring av hvor grensen mellom tilsyn og samværsnekt går. De åtte rettsavgjørelsene som er gjennomgått her tyder på at lovteksten ikke i tilstrekkelig grad bidrar til at avgjørelsene blir i samsvar med tilsynsbruken, og den nedre terskelen for denne slik som det legges opp til i proposisjonen. Der det kun foreligger risiko for vold og seksuelle overgrep er proposisjonen heller ikke tydelig på hvor grensen nå skal gå, gitt at tilsynspersonen ikke skal brukes som en sikkerhet.

Det kan på bakgrunn av dette også problematiseres om det er ønskelig med så klare retningslinjer som det proposisjonen legger opp til. Det er stor tradisjon for skjønnsmessige vurderinger på barnerettens område. For detaljerte reguleringer på barnerettens område kan gå ut over rettssikkerheten for det enkelte barn da disse sakene ofte er så komplekse at ”det vil være umulig å sikre gode vedtak gjennom detaljerte regler”.¹⁹⁸ Likevel er det slik jeg ser det enkelte tilfeller hvor behovet for å verne barn er så viktig at det ikke bør være rom for omfattende skjønnsmessige vurderinger.

I barnekonvensjonens artikkel 19 heter det at staten er pliktet til å ”treffe alle egnede lovmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot *alle* former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk (...) herunder seksuelt misbruk” (min utheving). Dette kan tale for at proposisjonens retningslinjer burde vedtas i lov, med klargjørende endringer.

¹⁹⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 33.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Bendiksen (2015) s. 26.

5.4 Her-og-nå perspektiv

5.4.1 Innledning

Det siste spørsmålet jeg vil ta for meg er i hvilken grad lovgivers intensjon ved innføringen av § 43 a om et her-og-nå rettet perspektiv i tilsynspåleggene gjenspeiles i praksis. Som vi har sett innebærer et her-og-nå perspektiv at man unngår å legge til grunn fremtidsprognoser i fastleggingen av om tilsyn er et behov barnet har.¹⁹⁹

Det er relativt enkelt å foreta en analyse av om lovgiver intensjon om en her-og-nå vurdering følges opp i praksis, da lovens føringer er såpass klare i retning av et kortsiktig perspektiv. Blant annet heter det at i forskriften at tilsyn med varighet ut over et år må grunngis særskilt, i tråd med proposisjonens intensjon om at tilsyn ut over et år kun skulle finne sted unntaksvis.²⁰⁰ Analysen jeg har foretatt på dette punktet går ut på at jeg har undersøkt om påleggene har oppgitt en avgrenset varighet på tilsynene, og deretter hvor lenge påleggene i så fall varer. I det neste punktet vil jeg gjennomgå statistikk fra mine undersøkelser, før jeg i punkt 5.4.3 drøfter funnene.

5.4.2 Statistikk fra rettspraksis

I 35 av 44 tilfeller var det oppgitt en avgrenset varighet for tilsynet. Av disse 35 ga 12 rettsavgjørelser pålegg om tilsyn for en periode på under ett år, fire ga pålegg om tilsyn for omtrent et år, og 11 av avgjørelsene ga tilsyn for en periode lenger enn et år. I åtte av avgjørelsene ble varigheten angitt frem til rettskraftig dom i saken forelå. Ettersom det er vanskelig å vite noe sikkert om varigheten i slike tilfeller, har jeg valgt å holde alle disse 8 utenfor i det følgende.

Vi får da disse tallene å forholde oss til: 59 prosent av påleggene som oppga avgrenset varighet (16 av 27 tilfeller) hadde en varighet på et år eller mindre, mens 41 prosent av dem (11 av 27 tilfeller) hadde en lenger varighet enn et år. Alle som hadde en varighet på mer enn et år var dommer.

¹⁹⁹ Punkt 4.3.4.

²⁰⁰ Tilsynsforskriften § 2 annet ledd, Prop. 85 L (2012-2013) s. 73.

I hele 20 prosent av tilfellene var det ikke tatt stilling til hvor lenge frem i tid samværene skulle være under tilsyn. Hele 9 av 44 rettsavgjørelser, som alle er dommer og ikke kjennelser, går tilsynelatende imot lovens, forarbeidenes og forskriftens klare føringer om å avgrense varigheten på tilsynet.

Alle rettsavgjørelsene som ikke satte en avgrenset varighet på tilsynet, og alle rettsavgjørelsene som ga en varighet på over ett år, gjaldt barn under 12 år. De fleste av dem (13 tilfeller) vedrørte barn under 7 år.²⁰¹ Barn som er under 7 år må i alle fall være å regne som små, i tråd med lovens aldersskille i barneloven § 31 om barnets rett til å bli hørt.²⁰² Det var ikke en eller flere typer saker som var overrepresentert blant disse 20 tilfellene.

5.4.3 Avsluttende betraktninger

Overstående statistikk viser at lagmannsretten kun delvis er i tråd med utgangspunktet for varigheten av tilsyn.²⁰³ Det er kun unntaksvis at retten skal fastsette tilsyn for lenger enn et år. Lovgiver har, som redegjort for over,²⁰⁴ likevel åpnet for at det kan settes en lengre varighet enn et år, forutsatt at det gis en særskilt begrunnelse for dette.

Det må etter min vurdering legges til grunn at lagmannsrettene ikke har fulgt lovgivers intensjon når det er besluttet permanent bruk av tilsyn. Både ordlyd, forskrift og forarbeider tilsier at dette ligger utenfor rettens rammer. Videre virker det som at lovgivers intensjon om at hovedregelen skal være maksimalt ett år ikke blir fulgt i særlig stor grad, da 20 av 44 dommer ga tilsyn for mer enn et år, og ni av disse ga permanent tilsyn.

Begrunnelsen for at departementet ønsket et her-og-nå rettet perspektiv i påleggene var at barnets beste og barnets behov ikke er en konstant faktor.²⁰⁵ Spesielt blir dette ansett å gjelde der barna er små og følgelig er det her man bør være mest varsom med å pålegge tilsyn for lenger enn et år om gangen.²⁰⁶ Gjennomgangen overfor viser imidlertid at sakene med små barn synes overrepresentert blant tilfellene der det er besluttet tilsyn med en varighet på mer enn et år.

²⁰¹ LH-2015-66418, LF-2015-196798, LF-2017-22105, LB-2015-52886, LB-2015-91344 og LA-2015-167727

²⁰² Se punkt 2.3.2

²⁰³ Jf. blant annet tilsynsforskriften § 2 annet ledd.

²⁰⁴ Se punkt 4.4.4

²⁰⁵ Se punkt 4.3.4

²⁰⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 72.

Oppsummert må det legges til grunn at lovgivers intensjon om at man i utgangspunktet ikke skulle gi samvær for et år eller mer, ikke blir fulgt i stor grad. Ønsket om en avgrenset varighet blir fulgt i en noe større grad.

Samtidig må en være oppmerksom på at min analyse kun baserer seg på et utvalg tilfeller. Det kan godt tenkes at det er en høyere ankefrekvens på rettsavgjørelser som pålegger tilsyn under samværene for et år og mer, slik at tallene ikke blir representative generelt sett. Dette kan tenkes både fordi det strider mot lovgivers intensjon å gi mer enn et år med tilsyn, og fordi det har stor betydning for den samværsperson restriksjonene gjelder, samt det stempel man kanskje opplever å få.

Jeg har vært i kontakt med tingrettsdommer Mariann Svensen, og blant annet forhørt meg om utvalget jeg har analysert kanskje medfører en statistikk som ikke er representativ på et generelt nivå. Hun ga uttrykk for at hun opplever barneloven § 43 a som utfordrende når det kommer til tilsynets varighet.²⁰⁷ Svensen trakk frem at faktorene som tilsier beskyttet tilsyn ofte er av varig karakter, da det ofte er personlighetstrekk ved samværspersonen som er grunnen til at beskyttet tilsyn anses nødvendig. Hensynet til barnets behov og barnets beste trekker gjerne i en annen retning enn hva forarbeidene og lovteksten legger opp til, da det ikke nødvendigvis er heldig for barnet med gjentatte rettslige behandlinger.²⁰⁸ Også det støttede tilsynet gir utfordringer knyttet til ønsket om at tilsynet hovedsakelig skal være på et år eller mindre. Samværsforelderen ønsker tidvis ikke en slik veiledning som tilsynet skal gi, og dermed tar det ofte lenger enn et år å fullføre det formålet som tilsynet skulle ha.²⁰⁹

På bakgrunn av dette er det grunn til å stille spørsmål ved om § 43 a annet ledd i det hele tatt legger hensiktsmessige føringer på varigheten av tilsyn. Følgene av intensjonen om et her-og-nå perspektiv er kanskje ikke godt nok gjennomtenkte. Hensynet til barnets behov og barnets beste kan trekke i retning av en tilsynsbruk som går imot det forarbeidene og lovteksten legger opp til, til tross for at vilkåret om avgrenset varighet slik dette ble innført skulle anses å være i tråd med disse hensynene. Det er ikke nødvendigvis til barnets beste at barnet gjentatte ganger skal være involvert i rettslige prosesser. Avvikene som er funnet i praksis underbygger også disse tankene.

²⁰⁷ Svensen (2017)

²⁰⁸ Svensen (2017)

²⁰⁹ Svensen (2017)

Det er mulig at det kunne ha vært mer hensiktsmessig med en løsning hvor partene kan ta saken opp nå nytt dersom det faktisk skulle forekomme endringer i forholdene. Et annet alternativ kunne ha vært at den som har ansvar for å føre tilsynet involveres i avgjørelsen for når pålegget om tilsyn skal opphøre, med de problemstillinger knyttet til uavhengighet som dette reiser.

6 Konklusjon

I hvilken grad gjenspeiles så lovgivers intensjon ved innføringen av § 43 a i praksis? På bakgrunn av de avsluttende betraktningene som er gjort i punkt 5.2.4, 5.3.7 og 5.4.3 kan man si at lovgivers intensjon ikke blir møtt fullt ut i noen av de tre formålene som her ble analysert. Samlet sett kommer formålet om et styrket barneperspektiv i form av at barnets behov blir redegjort for og dets syn beskrevet, best ut. Man kunne i stor grad finne en redegjørelse for dette igjen i rettsavgjørelsene. Redegjørelsen for barnets behov kunne derimot gjerne ha vært tydeligere i flere av dem, og jeg stiller på bakgrunn av det spørsmål ved om domstolsapparatets tradisjon for skjønnsmessige helhetsvurderinger kan være et hinder for lovgiverinterte justeringer på barnerettens område.

Proposisjonens retningslinjer for de fire samværnsnekttilfellene omtalt i punkt 5.3.7, synes ikke å være tilstrekkelig tilgjengelig for den domstol som skal ta stilling til hvor grensen mellom tilsyn og samværnsnekt går. I saker som angår vold og seksuelle overgrep er proposisjonen slik jeg ser det heller ikke tydelig nok for reguleringen av de tilfeller hvor man finner at det kun foreligger risiko for slike forhold, uten at forekomst og gjentakelses/retraumatiseringsfare kan bevises.

Var det meningen at proposisjonen skulle medføre en rettstilstand lik den man hadde før innføringen av § 43 a på området for seksuelle overgrep, slik at det overhodet ikke skal tas noen risiko her? Dette synes med ett ikke å være tilfellet, gitt den to-delte vurderingen forarbeidene foreskriver. På den andre siden skal man ikke kunne bruke en tilsynsperson som sikkerhet for at barnet ikke utsettes for overgrep. Det virker av den grunn til å være motstrid mellom bruksområdet for det beskyttede tilsynet og grensen til samværnsnekt slik denne er omtalt i proposisjonen. Det virker til å være et behov for oppklaring og endring fra lovgivers side, dersom intensjonen om en senket terskel for samværnsnekt skal bli møtt i større grad.

Praksis går ikke i retning av at tilsyn kun unntaksvis fastsettes for et år, slik det skulle ha vært etter proposisjonens intensjon. Det virker til at domstolsapparatet ut fra hensynet til nettopp barnets behov og barnets beste, i mange tilfeller kommer til at man må pålegge tilsyn for mer enn et år. Hensynet til barnets beste går foran føringene i § 43 a,²¹⁰ og dermed har man

²¹⁰ Jf. Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i nors rett (menneskerettsloven) § 3, jf. § 2, jf. BK artikkel 3.

hjemmel i lov til å gå imot lovgivers intensjon om man finner at en ett års varighet på tilsynet ikke er heldig. Kanskje er føringene her for strenge i forhold til det som var intensjonen bak dem.

Samlet sett fremstår muligheten for å pålegge offentlig oppnevnt tilsyn som vilkår for samvær som et positivt tiltak. Det muliggjør at retten til familieliv oppfylles i større grad, uten at den går på bekostning av barnets rett til et utviklingsfremmende samvær. Som oppgaven har vist foreligger det likevel rom for forbedring av lovreguleringen og rettsanvendelsen av tilsynsordningen.

Det vil på bakgrunn av dette være spennende å se hva som blir resultatet av det forskningsarbeidet som pågår om tilsyn som vilkår for samvær.²¹¹

²¹¹ Omtalt innledningsvis i punkt 1.2.

Litteraturliste

Bøker og nettdokumenter:

Backer, Inge Lorange, *Barneloven: Kommentarutgave*, 2. utgave, 2008.

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2015.

Bendiksen, Lena R.L., Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, 2015.

Haugli, Trude, "Samvær under tilsyn", i *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad 70 år*, Kirsten Ketsher, Kåre Lilleholdt, Eivind Smith, Aslak Syse, Hans Andreas Tvedt, 2013, s. 255-272. (Sisert fra Lovdata.no)

Høstmølingen, Njål, Elin Saga Kjørholdt, Kirsten Sandberg, *Barnekonvensjonen: Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, 2016.

Justis- og politidepartementet, "Evaluering av lover", 2009,
https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/veiledninger/veileder_lover.pdf?id=2208913, (sjekket 17. november 2017).

Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress,
<https://www.nkvts.no/prosjekt/foreldretvister-og-barns-rettigheter/>, (sjekket 17. november 2017).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 2012.

Rainey, Bernadette, Elizabeth Wicks, Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 6. utgave, 2014.

Regjeringen, "Hva er en barnebortføring?", 2016,
<https://www.regjeringen.no/no/sub/barnebortforing/om-internasjonalt-barnebortforing/hva-er-en-barnebortforing/id732971/>, (sjekket 17. november 2017).

Skjørten, Kristin, *Samlivsbrudd og barnefordeling*, 2005.

Smith, Lucy og Peter Lødrup, *Barn og foreldre: Forholdet mellom barn og foreldre etter barneloven av 1981 med senere endringer*, 7. utgave, 2006.

Lover:

Endringslov 7. april 2006 nr. 6 om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.).

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova – bl.).

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven – bvl.).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Herunder:

Vedlegg 2: Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – EMK).

Vedlegg 8: FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen – bk.).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvistemålsloven – tvl.)

Forarbeider:

Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen.

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling (Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet).

Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)

Prop. 85 L (2012-2013) Endringer i barnelova (Barneperspektivet i foreldretvister).

Forskrifter og rundskriv:

Forskrift om samvær med tilsyn etter barnelova (her omtalt som tilsynsforskriften) 19. desember 2013 nr. 1636.

Forskrift om nærmere føresegner om oppnemning av tilsynsperson, utøving av tilsynet og godtgjøring for dette 7. desember 2006 (opphevet).

Veileder Q-1220 B Samvær med tilsyn etter barneloven § 43 a 7. januar 2014.

FNs barnekomité sine generelle kommentarer:

Generell kommentar nr. 5 (2003) *Generelle tiltak til gjennomføring av Konvensjonen om barnets rettigheter (artiklene 4 og 42 og artikkel 44 nr. 6) (CRC/GC/2003/5).*

Generell kommentar nr. 12 (2009) *Barnets rett til å bli hørt (CRC/C/GC/12).*

Generell kommentar nr. 14 (2013) *Om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art. 3, para.1) (CRC/C/GC/14)*

Rettsavgjørelser:

Rt. 1989 s. 320	LF-2015-196798	LB-2015-60603
Rt. 1994 s. 940	LF-2016-61425	LB-2015-145507
Rt. 2013 s. 1329	LF-2017-22105	LB-2014-169466
Rt. 2015 s. 93	LF-2017-112157	LB-2015-64889
HR-2017-2015-A	LE-2015-186146	LB-2015-55792
LF-2011-41164	LE-2016-96445	LB-2015-91344
LH-2015-150033	LB-2014-84194	LB-2016-38296

LH-2015-66418	LB-2015-116390	LB-2016-153337
LH-2015-162337	LB-2014-170582	LB-2016-182791
LH-2016-44174	LB-2014-159862	LB-2016-163467
LH-2016-95450	LB-2015-41729	LA-2014-196334
LG-2016-177495	LB-2015-3000	LA-2015-107901
LG-2017-72147	LB-2015-52886	LA-2016-22293
LF-2014-180279	LB-2015-107769	LA-2015-167727
LF-2015-104413	LB-2015-131098	LA-2016-81384
LF-2016-7526	LB-2015-76099	LA-2016-66019
LF-2016-41100	LB-2015-35439	

Personlig meddelelse:

Svensen, Mariann, dommer i Stavanger Tingrett, personlig meddelelse om barneloven § 43 a annet ledd, 5. desember 2017.

Vedlegg: Tabeller

Statistikkoversikt for barneperspektivet:

Omtaler rettsavgjørelsen særlige grunner og barnet sine behov som vilkår for samvær?		Sum:
Ja	LH-2016-95450, LB-2014-84194, LB-2015-116390, LB-2015-76099, LB-2015-60603, LB-2014-169466, LB-2015-64889, LB-2016-163467, LA-2014-196334, LA-2015-167727, LA-2016-81384	11
Nei, ingen av dem	LH-2015-66418, LH-2015-162337, LH-2016-44174, LG-2016-177495, LG-2017-72147, LF-2014-180279, LF-2015-104413, LF-2016-7526, LF-2016-41100, LF-2015-196798, LF-2016-61425, LF-2017-22105, LF-2017-112157, LE-2015-186146, LE-2016-96445, LB-2014-170582, LB-2014-159862, LB-2015-41729, LB-2015-3000, LB-2015-52886, LB-2015-107769, LB-2015-131098, LB-2015-35439, LB-2015-145507, LB-2015-55792, LB-2015-91344, LB-2016-38296, LB-	31

	2016-153337, LB-2016-182791, LA-2015-107901, LA-2016-66019	
Nei, bare ett av dem		0
Rettsavgjørelsen viser til tingrettens dom i en slik grad at jeg ikke kunne ta stilling til spørsmålet for sikkert	LH-2015-150033, LA-2016-22293	2

Grunngis hvorfor vilkårene er oppfylt?		Sum:
Ja	LH-2016-95450, LB-2014-84194, LB-2015-116390, LB-2015-76099, LB-2015-64889, LB-2016-163467, LA-2015-167727, LA-2016-81384	8
Nei, men begrunner barnets behov for tilsyn	LH-2015-162337, LH-2016-44174, LG-2016-177495, LF-2015-104413, LF-2016-7526, LF-2016-41100, LF-2015-196798, LF-2016-61425, LF-2017-22105, LE-2015-186146, LB-2014-170582, LB-2015-41729, LB-2015-52886, LB-2015-107769, LB-2015-131098, LB-2015-35439, LB-2015-55792, LB-2015-91344, LB-2016-38296, LB-2016-153337, LB-2016-182791, LA-2015-107901, LA-2016-	23

	66019	
Nei, omtaler heller ikke barnets behov for tilsyn	LH-2015-66418, LF-2014-180279, LE-2016-96445, LB-2014-159862, LB-2015-3000, LB-2015-60603, LB-2015-145507, LB-2014-169466	8
Rettsavgjørelsen viser til tingrettens dom i en slik grad at jeg ikke kunne ta stilling til spørsmålet for sikkert	LH-2015-150033, LG-2017-72147, LF-2017-112157, LA-2014-196334, LA-2016-22293	5

Er barnets synspunkt redegjort for?		Sum:
Ja	LH-2015-150033, LH-2015-66418, LH-2015-162337, LH-2016-44174, LH-2016-95450, LG-2016-177495, LG-2017-72147, LF-2014-180279, LF-2015-104413, LF-2017-22105, LE-2015-186146, LE-2016-96445, LB-2015-116390, LB-2014-170582, LB-2015-41729, LB-2015-3000, LB-2015-52886, LB-2015-107769, LB-2015-76099, LB-2015-60603, LB-2015-145507, LB-2014-169466, LB-2015-64889, LB-2015-55792, LB-2015-91344, LB-2016-38296, LB-2016-153337, LB-2016-182791, LB-2016-	34

	163467, LA-2015-107901, LA-2016-22293, LA-2015- 167727, LA-2016-81384, LA-2016-66019	
Nei	LF-2016-7526, LF-2016- 41100, LF-2016-61425, LB- 2014-84194, LB-2014- 159862, LB-2015-35439	6
Rettsavgjørelsen viser til tingrettens dom i en slik grad at jeg ikke kunne ta stilling til spørsmålet for sikkert	LF-2015-196798, LF-2017- 112157, LB-2015-131098, LA-2014-196334	4

Statistikkoversikt for samværsnekt:

Er dette en rettsavgjørelse hvor det kan virke som at retningslinjene i proposisjonen for grensen til samværsnekt ikke blir fulgt?		Sum:
Ja	LH-2015-66418, LB-2014- 159862, LB-2015-60603, LB-2014-169466, LB-2016- 38296, LA-2016-22293, LA- 2015-167727, LA-2016- 81384	8
Nei	LH-2015-150033, LH-2015- 162337, LH-2016-44174, LH-2016-95450, LG-2016- 177495, LG-2017-72147, LF-2014-180279, LF-2015- 104413, LF-2016-61425, LF-2016-7526, LF-2016-	36

	41100, LF-2015-196798, LF-2017-22105, LF-2017-112157, LE-2015-186146, LE-2016-96445, LB-2014-84194, LB-2015-116390, LB-2014-170582, LB-2015-41729, LB-2015-3000, LB-2015-52886, LB-2015-107769, LB-2015-131098, LB-2015-76099, LB-2015-35439, LB-2015-145507, LB-2015-64889, LB-2015-55792, LB-2015-91344, LB-2016-153337, LB-2016-182791, LB-2016-163467, LA-2014-196334, LA-2015-107901, LA-2016-66019	
--	--	--

Statistikkoversikt for tidsbegrensningene:

Er det oppgitt avgrenset varighet for tilsynet?		Sum:
Ja	LH-2015-150033, LH-2015-162337, LG-2016-177495, LG-2017-72147, LF-2014-180279, LF-2015-104413, LF-2016-7526, LF-2016-41100, LF-2016-61425, LF-2017-112157, LE-2015-186146, LE-2016-96445, LB-2014-84194, LB-2015-116390, LB-2014-170582, LB-2014-159862, LB-2015-	35

	41729, LB-2015-3000, LB-2015-107769, LB-2015-131098, LB-2015-76099, LB-2015-35439, LB-2015-60603, LB-2015-145507, LB-2014-169466, LB-2015-64889, LB-2015-55792, LB-2016-38296, LB-2016-153337, LB-2016-163467, LA-2014-196334, LA-2015-107901, LA-2016-22293, LA-2016-81384, LA-2016-66019	
Nei	LH-2015-66418, LH-2016-44174, LH-2016-95450, LF-2015-196798, LF-2017-22105, LB-2015-52886, LB-2015-91344, LB-2016-182791, LA-2015-167727	9

Der tilsynet var avgrenset, hvor lang periode var det gitt tilsyn for?		Sum:
Ett år	LF-2015-104413, LB-2015-35439, LB-2016-163467, LA-2016-66019	4
Under ett år	LH-2015-162337, LF-2014-180279, LF-2017-112157, LE-2015-186146, LE-2016-96445, LB-2014-84194, LB-2015-41729, LB-2015-145507, LB-2015-64889, LB-2015-55792	12

Over ett år	LG-2016-177495, LF-2016-7526, LF-2016-61425, LB-2015-3000, LB-2015-76099, LB-2015-60603, LB-2014-169466, LB-2016-38296, LB-2016-153337, LA-2014-196334, LA-2016-81384	11
Usikkert	LH-2015-150033, LG-2017-72147, LF-2016-41100, LB-2015-116390, LB-2014-170582, LB-2014-159862, LB-2015-107769, LB-2015-131098	8